This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

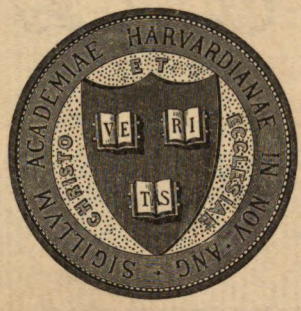
+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 175 790

Digitized by Google



HARVARD LAW LIBRARY

Received APR 26 1928

Digitized by Google

France

Digitized by Google

Digitized by Google

ÉTUDE

SUR

LA CONDITION CIVILE

DE L'ENFANT LÉGITIME

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

PAR

P. LE VERDIER

DOCTEUR EN DROIT

Attaché au Parquet de la Cour d'Appel de Rouen

CAEN

IMPRIMERIE ADMINISTRATIVE DE E. VALIN

5, RUE AU CANU, 5

1880

Digitized by Google

4-26-28

APR 26 1928

Digitized by Google

CARISSIMIS

Digitized by Google

Digitized by Google

AVANT-PROPOS

Le mot enfant a dans notre langue deux sens : il s'applique à l'individu considéré dans ses rapports avec ses auteurs ; c'est ainsi qu'on dit : « les successions sont déférées aux enfants et descendants » (art. 731, C. civ.) ; il désigne aussi l'individu dans un âge peu avancé.

C'est cette dernière acception qui est la nôtre, nous voulons en effet étudier la condition que la loi fait à l'homme pendant la période où s'accomplit le premier développement de ses facultés physiques et morales ; notre sujet est donc exclusif de toutes les matières qui sont indépendantes de l'âge, comme les questions de paternité, de filiation, de successions.

« L'enfance est la période de la vie humaine qui s'étend depuis la naissance jusque vers la septième année, et, dans le langage général, un peu au-delà,

Digitized by Google

jusqu'à treize ou quatorze ans [1]. » C'est à peu près cette dernière limite que nous adopterons, nous la prorogerons cependant d'une manière générale jusque vers la quinzième année. C'est en effet l'âge de la puberté, c'est-à-dire l'âge qui clôt la première époque de la vie pour ouvrir celle de l'adolescence.

Il est vrai que la législation, au moins en droit civil, ne modifie guère la condition de l'individu jusqu'à sa majorité ; il est cependant des différences notables, celles par exemple qui, en droit français, résultent de l'émancipation, de certaines règles relatives au mariage, au testament : ces questions resteront étrangères à notre examen.

En un mot ce n'est pas du mineur, mais bien de l'enfant que nous voulons étudier la condition ; et nous ajoutons, de l'enfant légitime, désireux d'omettre les dispositions spéciales qu'ont nécessitées à l'égard de l'enfant naturel le malheur et l'irrégularité de sa naissance.

1. *Dict.* de LITTRÉ.

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

Digitized by Google

Digitized by Google

INTRODUCTION

C'est, chez les modernes, un principe de droit naturel que la loi doit protection aux faibles, que celui que son sexe ou son âge laisse sans défense doit trouver dans la législation un secours contre la fraude ou la violence.

Cette vérité élémentaire semble cependant avoir été méconnue des Romains. Chez ce peuple, où l'organisation politique était si forte, la loi civile compta l'individu pour rien, elle n'eut qu'une préoccupation, assurer d'une manière solide et inébranlable la société, et, dans la société, la famille qui en est la base.

Il faut que la famille se perpétue, et non-seulement dans la succession de ses membres, mais encore dans l'intégrité de son rang, dans sa médiocrité comme dans sa splendeur ; il faut que le patrimoine, que la tradition domestique, que le culte des Dieux Lares se transmette à des générations sans cesse renouvelées. Si l'on donne un

Digitized by Google

tuteur à l'enfant, à la femme [1], ce n'est pas tant pour les protéger eux-mêmes contre leur faiblesse que pour protéger leur famille, leurs collatéraux appelés à leur succéder. Ils compromettraient par leur inexpérience les graves intérêts que comprend et résume ce mot, la famille, gens ou *familia*, noble ou plébéienne.

Pour se faire une idée exacte de la *familia* romaine, il faut dépouiller nos idées actuelles. Dans le droit naturel des sociétés, le fondement de la famille, c'est le mariage ; à Rome, le mariage en est bien un élément important, il n'en est pas le principal. La famille y fut une création du droit civil, indépendante du sang comme des liens de l'affection. Le frère, la sœur n'y occupaient pas le même rang ; le fils émancipé ou vendu, souvent aussi la fille mariée, cessaient d'en faire partie. La femme, épouse pour le mari, mère pour ses enfants, n'était pas nécessairement leur parente, *agnata;* ceux qu'unissait le sang pouvaient se voir exclus de la famille, tandis que fréquemment des étrangers s'y voyaient agrégés. Bref, la constitution de la famille était en contradiction flagrante avec l'ordre de la naissance ou avec l'affection naturelle.

La base de la famille, c'était la religion du foyer.

1. Propter levitatem animi (Gaius, 1, § 144) ; propter infirmitatem sexus et forensium rerum ignorantiam (Ulp., 11, § 1).

Digitized by Google

Il y avait bien à Rome une religion nationale, publique, dont les cérémonies s'accomplissaient dans les temples; mais la religion chère au Romain, c'était la religion privée, domestique, dont le culte se célébrait au nom et en présence des seuls membres de la famille. Dans chaque maison, il y avait un autel, le foyer, une divinité, le feu vivant. Les Grecs désignaient la famille par le mot ἑφέστιον, c'est-à-dire ce qui se tient auprès du foyer[1]; *pro aris et focis* est une expression que l'on rencontre à chaque page des écrivains romains. Le feu de l'autel, c'était la représentation des Lares, divinités tutélaires, génies protecteurs de la race. C'était aussi, c'était peut-être surtout la représentation des âmes des ancêtres : les Romains paraissent avoir confondu l'idée de la divinité avec celle de l'immortalité de l'âme, unissant les aïeux et les dieux domestiques dans un même culte. Aussi, les écrivains de l'antiquité écrivent-ils indifféremment lares, pénates, héros, soit qu'ils désignent leurs dieux, soit qu'ils désignent leurs ancêtres[2]. Ha-

1. Ἑστία, Vesta. — In primis ingressibus domorum Vestæ, id est aræ et foci, solent haberi (Non. Marcellus, édit. Quicherat, p. 53). —Cf. Caton, *de Re rustica*, 143 ; — Cic., *Pro domo*, 40 ; — *de Natura deorum*, II, 27; — Hor., *Epodes*, II, 43 ;—Virg., *Æn.*, II, 512 ;—Ov., *Fastes*, VI, 291.

2. Plaute, *Aulul.*, II, 7, 16 ; — Columelle, XI, 1, 19 ; — Cic., *Pro domo*, 41 ; *Pro Quintio*, 27, 28 ; — Serv., in *Æneid.*, III, 134 ; — Virg., *Æn.*, IX, 257-8. — Remarquer aussi l'étymologie même du mot *parentare*, qui signifie offrir un sacrifice.

Digitized by Google

bitant encore la maison dans le feu de l'autel, les ancêtres continuaient ainsi à vivre au milieu de leur famille ; ils la protégeaient, mais en échange ils en attendaient des hommages perpétuels, que seule elle pouvait leur rendre [1]. Cesser ou interrompre ces hommages, c'était commettre l'impiété la plus grave, c'était commettre un parricide. Malheur à la maison dont le foyer s'éteint ! Le feu mort, le dieu s'éloigne, ou plutôt on le chasse, il n'a plus de culte [2]. Aussi fallait-il à tout prix perpétuer la famille et la perpétuer dans toute sa splendeur. Qu'importent donc à la constitution de la famille l'affection et la consanguinéité ! L'essentiel, c'est que la tradition et la religion de la maison demeurent [3].

Pour atteindre ce but élevé, la législation a placé à la tête de la famille un chef unique ; partager l'autorité, ce serait l'affaiblir ou même faire naître la discorde. La famille sera une petite monarchie ; le *paterfamilias* réunira tous les pouvoirs, il sera le prêtre du foyer, le gardien de la tradition, le

1. Isée, *de Cironis hereditate*, 15-18 ; — Cic., *de Arusp. resp.*, 17 ; *de Leg.*, II, 11 ; — Varr., *de Ling. lat.*, VII, 88 ; — Dinarque in Aristog., 18 ; — Plutarque, *Vie de Caton*, 15 ; — Sophocle, *Antigone*, 199, 659 : θεοὶ ἐγγενεῖς, θεοὶ σύναιμοι ; — Aristoph., *Guêpes*, 388 : πατρῷοι θεοί.

2. Cic., *Pro domo*, 40 ; *de Leg.*, II, 19 ; — Den. d'Hal., IX, 22 ; — Thucyd., I, 136 ; — Caton, *de Re rustica*, 43 ; — Hor., *Epodes*, II, 43 ; — Ov., *Ars am.*, I, 637.

3. Cf., Fustel de Coulanges, *La Cité antique*.

Digitized by Google

maître et le juge de tous, le propriétaire du patrimoine. Vis-à-vis de ses descendants, il reçoit de la loi cette rigoureuse puissance paternelle, barbare même à l'origine, contre laquelle les mœurs et les magistrats ne cesseront de protéger l'enfant jusqu'à ce que le christianisme consomme la ruine de l'antique famille romaine.

Mais il se peut que l'enfant n'ait plus d'ascendants parternels ou qu'il soit affranchi de leur puissance, il est alors lui-même un *paterfamilias*, le chef d'une famille ; dans l'intérêt de celle-ci, des précautions devaient être prises contre sa faiblesse, ce fut le but de la tutelle.

De là, la recherche de la condition civile de l'enfant se divise naturellement en deux parties, suivant qu'il est ou non soumis à un ascendant, suivant qu'il est *alieni juris* ou *sui juris*. L'étude de la puissance paternelle, ou l'étude de la tutelle correspondent à chacune de ces deux hypothèses[1].

1. Nous n'aurons pas à nous occuper de l'enfant d'une esclave, esclave lui-même, il ne compte pour rien... que sa valeur vénale.

Digitized by Google

TITRE I

CONDITION CIVILE DE L'ENFANT ALIENI JURIS — DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Le père ne transmet pas seulement à son fils son nom et son patrimoine, il lui donne en même temps ses traditions, son culte, le droit d'entretenir le foyer. De tels avantages qui intéressent l'ordre social et même l'ordre politique ne peuvent être transmis sans règles. Pour avoir droit à un tel héritage, il faut y être appelé par la loi. Il importe donc, avant d'étudier la condition civile de ceux qui peuvent y prétendre, d'énumérer ceux que la législation a désignés, en d'autres termes de rechercher quelles personnes font partie de la famille romaine, sur qui s'exerce la puissance paternelle.

On sait que cette puissance n'est pas organisée dans l'intérêt de l'enfant ou même dans celui du père ; elle a un objet plus grave : elle est conçue dans un but social, politique, religieux.

Chaque famille est une subdivision de l'Etat ;

Digitized by Google

chacune possède dans la religion nationale une petite religion domestique; chacune est dans la grande cité une petite cité. A la tête de chaque famille il y a une autorité, qui ne saurait être partagée, sous peine de mettre en péril l'unité de la maison. Un seul chef, le *paterfamilias*, commande à tous, quel que soit leur sexe, quel que soit leur âge, à quelque degré de descendance qu'ils soient de lui.

Chargée d'assurer la conservation et la transmission des plus graves intérêts, la famille ne comprendra que ceux à qui le *paterfamilias* aura permis d'y entrer. Ainsi, soit que la parenté résulte de la filiation, soit qu'elle résulte d'un lien artificiel, le chef aura le droit de la faire cesser, de même qu'il aura été en son pouvoir de la créer.

Ces deux caractères dominent l'organisation de la famille romaine : un seul chef auquel tous les degrés subséquents sont soumis ; droit pour ce chef d'en choisir les membres.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

QUELLES PERSONNES SONT SOUMISES A LA PUISSANCE PATERNELLE

SECTION PREMIÈRE

Comment elle s'acquiert

La puissance paternelle a trois sources :

1° Le mariage ;

2° La légitimation ;

3° L'adoption ou l'adrogation.

§ 1er

LE MARIAGE

Il faut perpétuer le culte, la tradition domestique, le patrimoine de la race : la famille ne comprendra donc que ceux qui descendent de l'auteur commun par une suite non interrompue de mâles ; ainsi, pas de famille maternelle. La fille est dans la famille de son père : mariée, elle ne passera pas dans celle de son mari, au moins en principe [1],

1. Pour que la jeune fille passât dans la famille de son mari, il eût fallu que le mariage eût été contracté avec certaines cérémonies religieuses, *confarreatio*, qui avaient le double but de la détacher

Digitized by Google

ses enfants seront les parents de son mari, mais non pas les siens ; après la mort de ses ascendants paternels mâles, mariée ou célibataire, elle formera à elle seule une famille commençant et finissant avec elle, elle en sera l'unique membre, *caput et finis est familiæ suæ* [1].

La petite cité où règne le *paterfamilias* comprend donc au premier degré tous ses enfants, ses filles comme ses fils, au second les enfants de ses fils, et ainsi de suite. Le père de famille mort, chacun des enfants du premier degré, devient chef d'une famille nouvelle qui comprend tous les degrés subséquents. Les membres d'une même famille s'appelaient agnats ; les individus qui n'avaient entre eux d'autres liens que ceux du sang étaient des cognats.

§ 2

LÉGITIMATION

La légitimation intervenait dans plusieurs hypothèses très-différentes pour faire entrer dans la

de son culte de famille et de l'initier à celui de son futur époux. Tel fut l'usage chez les patriciens ; les plébéiens suppléèrent aux cérémonies par la vente et l'usucapion. Dans tous les cas, le mari acquérait sur sa femme une espèce de propriété et d'autorité, qu'on désignait par le mot *manus*. Entrée dans la famille de son mari, la femme y était comme sa fille (*in manu, loco filiæ*) ; devenue l'agnate de ses enfants, elle était comme leur sœur. Mais alors elle était sortie de la famille paternelle, et si elle cessait d'être une étrangère pour ses enfants, elle le devenait pour son père.

1. L. 195, § 5 et 6, D., *de Verbor. sign.*

Digitized by Google

famille, et par conséquent pour soumettre à la puissance paternelle de leur père des enfants nés hors mariage.

A. — On sait qu'à côté du mariage légitime, *justæ nuptiæ*, résultant des cérémonies bizarres de la confarréation, cérémonies qu'il n'était pas d'ailleurs au pouvoir de tout le monde de célébrer, la loi avait autorisé certaines unions, légitimes encore, *concubinatus*, mais qui ne produisaient pas les grands effets de puissance paternelle et d'agnation.

Lorsque deux conjoints transformaient en justes noces une union de cette nature, ce mariage subséquent légitimait les enfants qui étaient dorénavent soumis à la *patria potestas*. Mais, chose remarquable, la loi considérait que ces enfants nés hors des noces avaient un droit acquis de vivre libres des liens de la famille quiritaire ; il fallait que leurs parents obtinssent leur consentement (et leur silence équivalait à ce consentement), pour que ce mariage postérieur vînt modifier leur statut personnel[1]. Tant il est vrai que la puissance paternelle leur était onéreuse et n'était pas organisée dans leur intérêt !

B. — Gaïus[2] cite plusieurs cas où des enfants qui

1. Inviti filii naturales vel emancipati non rediguntur in patriam potestatem (L. 11, D., *De his qui sui vel alieni*).
2. Gaius, Instit., *Comm.*, I, § 67 à 72.

Digitized by Google

n'étaient pas sous la puissance de leur père y entraient en vertu de dispositions législatives. Ainsi, lorsqu'un citoyen avait épousé une étrangère, par erreur sur son état, la croyant Romaine, et qu'il en avait eu un fils, il était admis à prouver son erreur (*permittitur causam erroris probare*), et l'effet de sa bonne foi ainsi constatée était de faire arriver la mère et l'enfant au droit de cité : celui-ci était légitimé, celle-là devenait *uxor*.

C. — Les affranchis latins-juniens ne pouvaient contracter de justes noces, cependant la loi Ælia Sentia et la loi Junia accordaient la puissance paternelle à ceux d'entre eux qui déclaraient prendre femme dans le but d'en avoir des enfants, et présentaient en effet ces enfants aux magistrats lorsqu'ils avaient atteint l'âge d'un an.

D. — Au ve siècle, alors que le recrutement des curiaux [1] était devenu difficile en raison des obligations onéreuses auxquelles ils étaient soumis, comme celle d'être responsable de la perception de l'impôt, les empereurs Théodose et Valentinien permirent au citoyen qui n'avait que des enfants nés hors des noces de les légitimer en les offrant à la curie. Mais ces enfants entrant sous la puissance du père n'acquéraient pas de lien de parenté avec les autres membres de la famille.

1. Magistrats municipaux des villes italiennes.

Digitized by Google

E. — Enfin, Justinien permit la légitimation par un simple rescrit du prince en faveur du père qui n'avait que des enfants naturels et qui ne pouvait épouser leur mère, soit parce qu'elle était morte, soit pour toute autre cause.

§ 3

ADOPTION ET ADROGATION

Indépendamment de tout lien du sang, la parenté et la puissance paternelle résultaient de l'adoption. Celle-ci peut se conférer à tout âge, aussi bien en faveur d'un enfant que d'un chef de famille.

L'adoption tient une place considérable dans le droit privé de Rome. Imaginée sans doute dans un but politique et religieux, afin de perpétuer l'existence et les traditions d'une famille qui allait s'éteindre faute de descendant mâle, elle fut d'un usage fréquent chez les Romains, et l'histoire rapporte nombre d'exemples d'adoptions fameuses : le destructeur de Carthage, Scipion Æmilien, était le fils adoptif d'un membre de la famille des Scipions, Auguste celui de César, Néron celui de Claude.

A. — L'enfant qui allait être adopté était-il un fils de famille, son *paterfamilias* l'émancipait, ainsi

Digitized by Google

qu'il sera expliqué plus loin, et de cette manière le faisait sortir de sa famille ; l'adoptant alors le faisait entrer dans la sienne, en le réclamant comme sien devant le préteur, par un procès fictif en revendication. Plus tard, l'adoption se dépouillant de ces solennités primitives, se conféra par une simple déclaration du père naturel et du père adoptif devant le magistrat en présence et sans contradiction de l'enfant, *præsente eo et non contradicente* [1].

B. — Mais si l'individu qui doit être adopté est un *sui juris,* qu'il ne soit pas encore ou qu'il soit déjà chef d'une famille, l'adoption a des conséquences trop graves pour ne pas intéresser la cité tout entière. Elle va réunir, entre les mains d'un seul chef, deux familles, deux religions domestiques, deux patrimoines [2]; une famille et un culte vont être éteints, si l'adopté est le seul rejeton de sa race. L'Etat est intéressé à un acte aussi important. Il faudra une loi pour l'autoriser. Le collége des Pontifes fera d'abord une enquête. Puis le peuple réuni dans ses comices sera consulté [3] et rendra, s'il y a lieu, une loi prononçant l'adrogation [4]. C'est le nom que prend cette adoption.

Sous les empereurs, le pouvoir législatif est

1. § 8, *Quibus modis jus*, Inst., 1, 12.
2. Cic., *Pro domo*, 13.
3. Rogatur an id fieri jubeat (Gaius, I, § 99).
4. Cic., *Pro domo*, 13, 14 ; — Aul.-Gell., V, 19.

Digitized by Google

passé du peuple aux mains du prince, aussi, à partir de Dioclétien, le peuple cesse-t-il d'être consulté, l'examen de l'opportunité est remis au chef de l'Etat : c'est un rescrit impérial qui ordonne l'adrogation.

Mais tous les *sui juris* n'ont pas toujours pu se donner en adrogation. Les femmes et les impubères ne le pouvaient pas : ils n'avaient pas entrée au forum. Une constitution d'Antonin-le-Pieux a permis l'adrogation des impubères, mais en édictant quelques règles de protection. L'enquête des Pontifes sera plus complète : elle examinera si la demande se fonde sur un juste motif, si l'adrogation doit être avantageuse au pupille (*an honesta sit expediatque pupillo*). En outre, l'adrogeant doit s'engager : 1° à restituer à l'adrogé tous les biens qu'il en reçoit, s'il l'émancipe avec juste motif, ou s'il le déshérite ; 2° à assurer cette restitution en fournissant une caution ; 3° à lui laisser par testament ce qu'on a appelé la quarte Antonine, c'est-à-dire le quart de ses propres biens, s'il l'émancipe sans juste motif, ou s'il le déshérite [1].

On voit maintenant qu'il est vrai de dire que si la consanguinéité créait en principe à Rome le lien de la parenté civile, c'était là un élément dont on pouvait se passer. Les enfants adoptifs avaient,

1. Inst., I, 11, § 3.

Digitized by Google

en effet, et sans aucune différence, la condition, le rang, les droits des enfants du sang ; ils étaient soumis aux mêmes obligations, à la même autorité, ils avaient les mêmes espérances.

Or, nous avons vu compris dans une même famille des individus que le sang n'avait pas unis ; nous allons maintenant en voir d'autres perdre devant la loi les liens que la nature avait créés entre eux.

SECTION II

Comment elle se perd

A. *Mort du paterfamilias.* — La puissance paternelle s'éteint tout d'abord par la mort du père de famille. Mais cela n'est vrai que pour ceux de ses descendants qui lui étaient soumis d'une manière immédiate. Il en est autrement lorsque les parents des degrés intermédiaires n'ont pas disparu : les petits-enfants alors, soumis jusque-là à la puissance de leur aïeul, vont dorénavant l'être à celle de leur père, à son tour devenu *paterfamilias.*

B. — A côté de la mort naturelle du citoyen, se place à Rome, ce qui est sa mort civile, la perte du droit de cité (*civitas*) ou de la liberté. La *patria potestas* étant une institution civile, elle ne peut appartenir qu'à un citoyen romain ; le pérégrin, et à

Digitized by Google

plus forte raison l'esclave n'en peuvent être investis. Lors donc que le père cesse d'être citoyen ou d'être libre, ses enfants sont affranchis de sa puissance. Inversement, si un fils de famille a encouru la perte de la liberté ou de la *civitas*, il a perdu du même coup tous ses droits de famille.

C. — Si une fille se soumet en se mariant aux cérémonies religieuses ou aux pratiques de droit qui ont pour effet de la faire passer dans la *manus* de son mari, elle fait dorénavant partie de la famille de celui-ci, et elle est affranchie de la puissance de son père.

D. — Si un fils de famille a été donné en adoption, il reste soumis à une puissance paternelle; mais ce sera à celle de son père adoptif et non plus à celle de son père naturel. De même, les descendants d'un adrogé subiront désormais la puissance de l'adrogeant.

E. — La collation de certaines dignités religieuses enlevait l'enfant à la puissance paternelle. Mais c'était quelquefois pour lui imposer une condition autrement rigoureuse. Aulu-Gelle raconte les curieuses règles de vie auxquelles devait se soumettre le flamine de Jupiter, et qui faisaient chèrement acheter l'affranchissement de la puissance paternelle.

Digitized by Google

L'enfant consacrée au culte de Vesta sortait aussi de cette puissance. Rien ne montre mieux que son sort combien les Romains avaient pris peu de soin de la liberté de l'enfant. Vingt petites filles de six à dix ans, le corps pur de toute difformité, étaient présentées au Pontife Maxime. Leurs noms étant jetés dans une urne, le grand-prêtre en tirait un, et à celle que le sort avait ainsi désignée il commandait de laisser ses parents, *te amata capio*; sans savoir à quoi elle s'engageait, la jeune enfant était pour trente années et par un arrêt irrévocable condamnée aux plus sévères devoirs. Elle n'aura plus de famille, mais les faisceaux des licteurs s'abaisseront devant elle [1] !

Sous les empereurs chrétiens, il n'y a plus de flamine, il n'y a plus de vestale. Le privilége de devenir *sui juris* est concédé par Justinien à certains fonctionnaires civils, aux patrices, aux évêques : « ceux, dit-il, qui sont les pères spirituels de tout le monde ne sauraient être *in potestate patris*. »

Mais ces dignités n'affranchissaient les enfants de la puissance paternelle qu'en ce qu'elle avait d'onéreux : ils conservaient les avantages qui y étaient attachés, c'est-à-dire leurs droits de famille [2].

F. — L'émancipation était un moyen souvent

1. Aul.-Gell., I, 12; — Gaius, I, § 130; — Ulp., *Reg.*, X, § 5.
2. Nov., 81, 2 et 3.

Digitized by Google

employé par le *paterfamilias* pour libérer son enfant, soit qu'il voulût l'expulser de sa famille, soit qu'il voulût renoncer dans son intérêt à ses droits sur lui[1].

Nous verrons dans le chapitre suivant que le père avait sur ses descendants les droits les plus étendus, et notamment celui de les vendre. L'enfant tombait alors dans une sorte d'esclavage, mais son maître pouvait l'affranchir. Si l'on suppose que cet affranchissement lui eût été conféré, l'enfant retrouvait sa liberté, mais c'était pour tomber de nouveau sous la puissance de son père. Cependant lorsque celui-ci n'avait pas craint de trafiquer de la liberté de son enfant, trois fois si c'était un fils, une seule fois si c'était une fille ou un descendant d'un degré plus éloigné, la loi des XII Tables déclarait l'enfant libre enfin de la puissance paternelle, *a patre liber esto*.

C'est cette règle qui fut mise à profit pour conférer l'émancipation, *per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones*, disent les Institutes[2]. Le père de famille se rendait devant le préteur avec l'enfant et une tierce personne qui voulait bien se prêter à ces actes fictifs. Le père

1. Tel était le but de l'émancipation romaine, toute différente de l'émancipation moderne, qui n'a d'autre résultat que d'augmenter la capacité civile du mineur.

2. Liv. I, XII, § 6.

Digitized by Google

vendait son enfant le nombre de fois nécessaire pour épuiser son droit, le tiers l'affranchissait le même nombre de fois [1] ; la puissance paternelle était rompue d'une part, et d'autre part le dernier affranchissement conférait la liberté. L'enfant dorénavant est *sui juris*, maître de sa personne et de ses biens ; seulement en perdant l'agnation de sa famille il a perdu tous les avantages qui y étaient attachés, notamment les droits de succession que la loi civile lui permettait d'espérer.

Plus tard ces puériles cérémonies furent remplacées, depuis Anastase, par un rescrit impérial autorisant l'émancipation et qu'on faisait insérer *apud acta judicis ;* depuis Justinien, par une simple déclaration du père devant le magistrat.

CHAPITRE II

EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Il était indispensable d'exposer ainsi l'organisation de la famille romaine, avant d'étudier la condition juridique de l'enfant. Il fallait indiquer ce que l'on entendait à Rome par les mots famille et parenté, quelles causes créaient les liens de

1. Cette forme de procéder reçut une légère modification afin de faire acquérir au père les droits de patronage résultant du dernier affranchissement.

Digitized by Google

l'agnation, quelles causes les brisaient. Maintenant nous pouvons pénétrer au sein du foyer et rechercher comment s'exercait la puissance paternelle.

Nous étudierons d'abord les charges qui pesaient sur la personne et sur les biens de ceux qui y étaient soumis; nous rapporterons ensuite les efforts successifs qui furent tentés pour en diminuer le poids.

SECTION Ire

Droits que confère la puissance paternelle

Le pouvoir du père sur les membres de sa famille est un pouvoir absolu ; seul, il est une personne complète, seul il a des droits, les membres de sa famille ne sont dans sa main, *in manu*, *in mancipio*, que des instruments. Sa propriété s'étend à tous les biens, son autorité s'étend à tous les individus, ses esclaves, sa femme, ses descendants: *Jus potestatis quod in liberos habemus proprium est civium romanorum, fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus.* (Gaïus, *Comm.*, I, § 55.)

Outre son rôle de chef de la religion domestique, le père de famille est investi d'une triple puissance, il est le chef ou l'autorité, le juge, l'administrateur ; les deux premiers pouvoirs s'exercent sur la personne de l'enfant, le dernier sur ses biens.

Digitized by Google

§ 1er

POUVOIRS SUR LA PERSONNE

1° Droit d'Autorité

Le *paterfamilias* a autorité sur son enfant : nous comprenons dans cette expression tous les droits qui lui compètent, à l'exception de ceux de correction et de juridiction. Si nous analysons cette formule, nous rencontrerons les divers priviléges qu'elle résume ; nous nous arrêterons un instant sur chacun d'eux.

A. *Droit d'exposition.* — Au moment où l'enfant vient de naître, un pouvoir redoutable est remis aux mains du père: le fera-t-il élever, ou bien le fera-t-il exposer ou même le fera-t-il périr? Aussitôt en effet que l'enfant est né, on le dépose à terre aux pieds de son père : s'il le relève, c'est qu'il consent à le laisser vivre; au contraire, le laisse-t-il à ses pieds, c'est un ordre de l'exposer. Alors l'enfant est porté dans un lieu public pour devenir ce qu'il plaira à la Providence [1]. Heureux s'il meurt bientôt de faim ou de froid! car il va devenir la

1. Suét. *Aug.*, 5 et 63; — Plaute, *Cistell. Rud.*; — Tér., *Heaut.* IV, 1; — *Andria*, III, 1; — Juv., *Sat.*, IX, 84; — Code Théod., V, tit. 7; — Code Just., VIII, tit. 52,

Digitized by Google

proie de la cupidité ou de la spéculation. Il est au premier occupant; les talents, le travail, ou l'industrie auxquels il pourra être formé s'exerceront au profit du maître qui l'aura élevé; son corps sera peut-être façonné et mutilé par un entrepreneur de mendicité: si c'est une fille, dressée le plus souvent à de honteuses pratiques, elle deviendra l'objet d'un odieux commerce [1].

Au reste, cet usage barbare de l'exposition était comme recommandé au père par la législation elle-même, puisque la loi des XII Tables, plus cruelle encore s'il se peut, lui ordonnait d'étouffer ou de noyer les enfants faibles, difformes ou monstrueux [2].

B. *Droit d'user de la personne.* — Cependant le père a daigné laisser vivre son enfant; mais sa personne, ses services, son activité lui appartiennent. Il lui impose les travaux qu'il lui plaît, afin d'augmenter ses biens. Il le condamne aux occupations les plus serviles, le donne en gage, loue ses bras [3]; il lui fait faire en son nom le commerce de terre ou de mer [4]; l'attache à la glèbe comme son esclave [5], l'emploie en un mot suivant son bon plaisir.

1. Tertull., *Apol.*, 9; — Lact., *Div. inst.*, VI, 20.
2. Cic., *de Leg.*, III, 8; — Mont., *Esp. des L.*, XXIII, 22.
3. Paul, *Sent.*, V, I, 1.
4. L. 1, § 19, Dig., XIV, 1.
5. Denys d'Hal., *Archéol.*, II, 26.

Digitized by Google

Il peut si bien user de sa personne à son gré, que d'une part le fils, quel que soit son âge, ne pourra se marier sans sa permission ; d'autre part, que celui-ci devra subir le mariage qui aura été ordonné.

Le fils, disons-nous, ne pourra se marier sans obtenir le consentement de son père ; est-ce à dire seulement que celui-ci a, dans l'intérêt de son enfant, le droit légitime de surveiller, de diriger son choix? Tel n'est pas le but. A Rome, la puissance paternelle n'est pas désintéressée : c'est sa propre volonté que le père de famille peut consulter. Il semble qu'il veuille régner sur les affections comme sur la personne. Il impose à son enfant l'époux ou l'épouse qu'il a choisi, et le lendemain il brise, s'il lui plaît, l'union qu'il a décrétée la veille. Ces mœurs nous sont attestées par ces touchantes et respectueuses plaintes de jeunes femmes forcées de renoncer aux liens de l'hymen qu'elles avaient contracté sur l'ordre de leur père :

... Aut olim nisi placebant non datas oportuit,
Aut nunc non æquum est abduci, pater [1].

Injuria abs te afficior indigna, pater,
Nam si improbum esse Cresphontem existimaveras,
Cur me huic locabas in nuptiis? Sin est probus,
Cur talem invitum invitam cogis linquere [2]?

1. Plaute, *Stichus*, I, II, 73.
2. Ennius, *Auctor ad Herum*, II, 24.

Digitized by Google

Bien plus, les époux refusaient-ils de rompre l'hymen imposé, et le mari ne voulait-il pas rendre à son père la fille que celui-ci réclamait, ce père l'y contraignait par l'interdit de *liberis exhibendis*, il fallait *représenter* la jeune femme comme on représente une chose volée. Et les préteurs avaient dû, pour corriger la rigueur du droit, accorder à l'époux une exception pour supplier le père de ne pas user d'une manière si inhumaine de sa puissance paternelle, *ne acerbe patriam potestatem exerceat*[1].

Au reste, le père pouvait à son gré chasser ses enfants de sa famille, soit qu'il les frappât par l'abdication, dont l'effet était de briser immédiatement tous les droits attachés à l'agnation et en particulier les droits à la succession[2]; soit qu'il les donnât en adoption, ou *in mancipio*, soit qu'il les émancipât : et l'on sait que c'était par des ventes que l'on atteignait ce résultat. La loi des XII Tables permettait en effet de vendre les enfants: *Si pater filium ter venumdedit, filius a patre liber esto.*

C. *Droit de vente.* — Cette vente se faisait *per*

1. L. 1, § 5, Dig., XLIII, 30.

2. En quoi consistait l'abdication? Justinien nous apprend seulement qu'elle était d'un usage fréquent et que la loi la repoussait; en l'absence de textes, sa nature ne saurait être que l'objet de conjectures (L. 6, C. VIII, 47).

Digitized by Google

æs et libram, c'est-à-dire par la *mancipatio;* l'acheteur acquérait alors un droit particulier qui plaçait l'enfant dans une condition analogue à celle de l'esclave. Le *mancipium* toutefois se distinguait de l'esclavage. Les Romains ont concédé tout pouvoir sur le fils de famille, mais ils ont daigné respecter sa liberté. *Libertati a majoribus tantum impensum est ut patribus, quibus jus vitæ in liberos necisque potestas olim permissa est, libertatem eripere non liceret*, écrit l'empereur Constantin [1]. L'enfant ne sera donc pas *in servitute*, mais *in mancipio*, il sera *loco servi* au lieu d'être *servus* [2]. Au reste, bien peu d'avantages lui restent sur l'esclave : cependant son mariage n'est pas dissous [3], son maître ne peut pas le maltraiter sans s'exposer à l'action *injuriarum* [4], et s'il est affranchi un jour, il recouvrera les droits politiques d'un ingénu [5].

D. *Droit d'abandon noxal.* — A côté du droit de vente se place celui d'abandonner *noxaliter* l'enfant qui a commis un délit au préjudice d'autrui. C'est un principe fondamental que le père de famille ne peut être obligé par les actes des per-

1. L. 10, C. VIII, 47.
2. Gaius, I, 123, 134; III, 114.
3. Gaius, I, 135.— Les esclaves ne pouvaient se marier.
4. Gaius, I, 141.
5. Paul, *Sent.*, V, 1, § 1.

Digitized by Google

sonnes soumises à sa puissance [1]. Cependant commettent-elles quelque méfait dont un tiers demande la réparation, leur personne, mais leur personne seulement, répondra du dommage arrivé par leur faute [2]. — La responsabilité du propriétaire, du maître, ne saurait à Rome excéder la valeur de l'auteur du délit. Le père sera donc tenu, mais tenu seulement *propter rem*; qu'il abandonne la *res* et il est libéré. Or ce n'est même pas sur la responsabilité du père qu'est fondée l'action noxale, mais sur ce fait qu'il a son enfant *in potestate* : si donc la *potestas* lui échappe avant la réclamation du tiers lésé, si le délinquant a pris la fuite ou est sorti de la puissance du père, sans fraude toutefois de la part de celui-ci, l'action est éteinte au regard du père; mais elle sera donnée contre celui qui détiendra l'enfant.

La condition de l'enfant abandonné *noxaliter* était celle de l'enfant vendu par la *mancipatio*.

2° Droit de Juridiction

Droit de correction, de vie et de mort. — Le droit de correction du père n'était pas moins absolu que celui de disposition. La connaissance des fautes de son enfant lui appartient, il décide si le fait re-

1. L. 8, § 4, D., XLVI, 4; Inst., IV, 6, § 6.
2. Gaius, IV, 75.

Digitized by Google

proché constitue une faute, il prononce la peine qu'il veut. Aucune loi ne dirige ses jugements, ne les contrôle et ne lui en demande compte. Il peut, à son gré, dit Denys d'Halicarnasse, emprisonner son enfant, le faire battre de verges, le mettre à mort [1]. Ce droit de vie et de mort appartenait sans conteste au père de famille [2]. Les exemples sont nombreux dans l'histoire romaine de pères faisant périr leurs enfants. Manlius Torquatus mit à mort son fils, coupable d'avoir combattu et vaincu sans son ordre, le punissant ainsi d'avoir méprisé à la fois son autorité de consul et *majestatem patriam* [3]. De même un père fit mourir son fils pour avoir trempé dans la conspiration de Catilina [4]. Valère Maxime cite un certain Atilius qui tua sa fille coupable d'impudicité ; et Virginius n'eut jamais à répondre du meurtre de sa fille.

Cependant ce droit de vie et de mort est quelquefois discuté. Quelques auteurs affirment que si le père pouvait, en sa qualité de juge, faire périr son fils, il ne lui était pas permis, du moins, de lui donner la mort gratuitement. Quelques-uns même vont plus loin et prétendent que la mort eût-elle été méritée par l'enfant, le père ne pouvait la

1. *Archéol.*, II, 26.
2. Aul.-Gel., V, 19; Monstesq., *Esprit des Lois*, V, 7.
3. Tite-Live, VIII, 7.
4. Sall., *Catil.*, 39.

Digitized by Google

prononcer sans prendre l'avis d'un tribunal domestique composé de ses plus proches agnats.

Et d'abord répondons à cette dernière opinion. Un premier point est certain, c'est que ce tribunal ne se réunit qu'assez tard. D'ailleurs, il nous semble que cette réunion de parents n'a jamais eu le pouvoir d'imposer sa volonté au père ; un tel contrôle eût été trop contraire à l'organisation de la famille romaine qui concentre entre les mains du chef l'autorité suprême. Et puis les historiens ou les jurisconsultes qui citent le droit de vie et de mort conféré au père, n'auraient pas manqué de faire connaître cette institution sur laquelle ils sont muets [1].

Sans doute on comprend que, quelque barbares que fussent les mœurs, l'affection naturelle dut lutter contre ce que l'on pouvait alors considérer comme un devoir, et que soumis à la cruelle nécessité de faire périr son fils, le père ait voulu s'entourer des conseils de ses proches. Mais les partisans de l'opinion que nous combattons prennent pour une loi une coutume que les siècles avaient pu introduire. Car rien ne prouve que le père ait été obligé de consulter ses parents ni surtout de

1. L. 20, D., XLVIII, 5 ; L. 11, D., XXVIII, 2 ; L. 10, C. VIII, 47.— Aulu-Gelle, V, 19 ; — Den. d'Hal., *Arch.*, II, 26 ; — Lactance, *Div.*, Inst., VI, 20 ; — Tite-Live, VIII, 7 ; — Cic., *Pro domo*, 29 ; *de Legibus*, III, 8.

Digitized by Google

déférer à leurs avis : encore une fois, une telle règle eût été trop contraire à l'esprit des institutions domestiques de Rome.

Mais d'autres auteurs, accordant au père seul le *jus vitæ necisque*, disent qu'au moins ce droit ne lui appartenait qu'en sa qualité de juge, que la mort devait être fondée sur une faute, que l'enfant devait être entendu, que la mort ne devait être prononcée qu'à titre de peine. Nous prétendons, au contraire, que ce terrible pouvoir était remis au père d'une manière absolue, en sa seule qualité de père, et non pas uniquement en sa qualité de juge.

Oui sans doute le père est juge domestique des fautes des membres de sa famille, lui seul en connaît, et on cite l'exemple de femmes déférées à la justice de leur mari [1]. Mais aussi sa juridiction ne connaît ni règles ni limites ; il est irresponsable, il n'est soumis à aucune loi, et juge sans appel. Il en résulte qu'il était maître de voir un délit ou un crime là où peut-être il n'y avait qu'une faute légère, où même il n'y en avait aucune ; de prononcer un châtiment rigoureux, quand une correction ou une simple réprimande aurait suffi. Dès lors il faut bien admettre que ce juge prononce la peine capitale quand et comme il lui plaît. Un juge

1. Tite-Live ; — Tacite, *Ann.*, XIII, 32.

Digitized by Google

qui ne connaît d'autre loi que sa volonté n'est pas un juge. Nous sommes bien près d'un *jus vitæ necisque* absolu, et bien loin d'un droit de juridiction. Du reste, comment peut-on soutenir que le père ne pouvait pas en cette seule qualité mettre à mort ?

Nos adversaires n'oublient-ils pas ce droit incontesté d'exposition? exposer l'enfant, pour appeler les choses par leur nom, c'était le mettre à mort. Et l'on ne dira pas que ce petit être *sanguinolentus* subissait le châtiment d'une faute et que son père le jugeait! La loi des XII Tables en ordonnant de faire périr les enfants qui naissaient difformes [1] ne rappelait-elle pas aux pères les devoirs que l'affection aurait pu leur faire oublier? La loi Pompeia *de Parricidiis* [2] énumère tous les meurtres qu'elle qualifie de parricides et les frappe de la peine édictée par la loi *de Sicariis* : elle cite ainsi l'homicide de tous les proches parents ou alliés, même celui du fils par sa mère. Or, elle omet, évidemment à dessein, celui du fils par son père : qu'en faut-il conclure, sinon que celui-ci n'a pas commis de crime et n'a fait qu'user de son droit [3]? Et puis encore une fois que rapportent les auteurs anciens? Quels

1. Fragmenta legis XII Tab. ex Dirksenii et Zellii restitutionis tentamine, Tabula 4, L. 1.

2. L. 1, D., XLVIII, 9.

3. Il est vrai que cette loi, subissant sans doute la pression des mœurs, absolvait le père seul meurtrier de son fils; l'aïeul ne pouvait pas faire périr son petit-fils.

Digitized by Google

commentaires ajoutent-ils à leur simple affirmation du droit? Tous se bornent à énoncer le *jus vitæ necisque ;* quelques-uns même le représentent comme la conséquence de la puissance paternelle : si la loi avait apporté quelque restriction à son exercice, Paul écrirait-il ces mots sans les accompagner de réserves, « le père pouvait déshériter ses enfants, *quod occidere licebat ?* [1] » Constantin est aussi net et précis, le père auquel « *jus vitæ necisque potestas erat permissa* [2]; Aulu-Gelle, « *velitis uti ei vitæ necisque in eum potestas siet, uti pariendo filio est* [3]; » et Denys d'Halicarnasse, « ἐάν τε εἴργειν, ἐάν τε μαστιγοῦν, ἐάν τε αποκτιννύναι προαιρῆται. [4] » On pourrait à plaisir multiplier les citations.

Pour nous il semble incontestable que les mœurs et la législation avaient érigé en droit absolu pour le père le pouvoir de disposer de la vie de ses enfants. Mais nous comprenons que bientôt la nature se soit révoltée contre une coutume aussi barbare, et que le père de famille n'ait plus usé de son droit qu'à titre de châtiment, de même qu'un peu plus tard il prit l'avis de ses proches parents. Mais il n'en est pas moins vrai que dans les premiers siècles sa volonté était sa seule loi.

1. L. 11, D., XXVIII, 2.
2. L. 10, C. VIII, 47.
3. *Noct. att.*, V, 19.
4. *Archéol.*, II, 26. *Adde loc. cit.*, page 36, note 1.

Digitized by Google

§ 2

POUVOIR SUR LES BIENS

A. — Relativement aux biens, la puissance du père de famille était plus étendue encore, elle se résume dans cette courte formule : l'enfant n'a rien, le père seul possède. Tout ce que le hasard ou des libéralités étrangères, son travail ou son adresse mettait entre les mains du fils appartenait aussitôt au père, même à son insu, et par le seul effet de sa puissance paternelle. *Quidquid ex re mea venit, meum est.*

De tout temps, sans doute, le *paterfamilias* a pu constituer à son fils un pécule, c'est-à-dire lui remettre une certaine quantité de biens pour les faire valoir et les administrer. Mais ce n'était là qu'une concession précaire : le père n'avait fait pour ainsi dire que lui prêter la détention, l'usage, l'administration ou la culture des choses comprises dans le pécule ; il pouvait à son gré en diminuer, amoindrir ou retirer la jouissance, il en avait conservé la pleine propriété. A cet égard, il n'y avait aucune différence entre le fils de famille et l'esclave, *cum eorum qui sunt in potestate nihil suum esse possit,* dit Gaïus [1].

1. *Comm.*, II, § 87 et 96 ; — Ulp., *Reg.*, XIX, § 18.

Digitized by Google

Tel fut le droit primitif, ce ne fut que sous les empereurs, ainsi qu'on le verra plus loin, que l'enfant *alieni juris* put avoir des biens propres.

B. — Cette matière ne serait pas complète si nous n'exposions sommairement les règles de la capacité civile des fils de famille. Il faut distinguer celui qui était parvenu à l'âge de puberté de celui qui était encore impubère.

Le premier était capable de tous les actes de la vie civile ; il pouvait être investi aussi bien de fonctions publiques que de fonctions privées, être élevé aux *honores* qu'être appelé à une tutelle, et il prenait valablement toutes les obligations que nécessitait sa charge.

En dehors même de ces hypothèses sa capacité civile était complète, il pouvait former toute convention quelconque. Mais les conséquences de ses actes étaient variables suivant le rôle qu'il avait joué au contrat. Il lui était toujours possible de stipuler comme créancier, et le bénéfice de la stipulation était immédiatement acquis à son *paterfamilias* [1]. Mais s'il ne possédait pas de pécule, ou si l'acte était étranger à la gestion de ce pécule, il ne pouvait contracter en qualité de débiteur: car il ne lui était pas permis d'engager celui sous

1. Inst., II, IX, *pr.*; III, XVII, § 1.

Digitized by Google

la puissance duquel il se trouvait, et de son côté, il n'avait pas en fait le moyen d'exécuter son obligation. Si, au contraire, il possédait un pécule, sa promesse était valable; mais le créancier n'avait d'autre gage que ce pécule, sur lequel il agissait directement, ou indirectement par l'action *de peculio* en actionnant le père de famille lui-même.

L'*alieni juris* impubère, au contraire, n'avait pas la capacité nécessaire pour former valablement une convention. Qu'il possédât ou qu'il ne possédât pas un pécule, les actes qu'il avait faits étaient nuls. Cette décision, toutefois, n'est absolument vraie qu'à l'égard de l'enfant non encore sorti de l'*infantia*. Quant à l'enfant sorti de cette période, un tempérament doit être apporté : en effet il pouvait acquérir du chef de son *paterfamilias* et pour celui-ci quand il faisait sa condition meilleure : dès lors le tiers contractant se trouvait obligé et le bénéfice de l'opération appartenait au père de famille[1].

L'*alieni juris* impubère ne pouvait donc contracter qu'en qualité de créancier. Nous verrons plus loin que l'impubère devenu *sui juris* était plus favorisé, puisque sorti de l'*infantia*, il pouvait accomplir

1. Supposons par exemple qu'une hérédité ait été déférée à l'enfant, comme l'*aditio* est un acte par lequel on fait sa condition pire, il ne pouvait accepter cette succession peut-être avantageuse. Aussi dans l'intérêt même du *paterfamilias*, ainsi frustré par l'incapacité de son fils, on admit que celui-ci, pourvu qu'il ne fût plus *infans*, pourrait faire *aditio jussu patris*. (L. 8, § 1, D., XXIX, 2.)

Digitized by Google

valablement tous les actes, seul s'il s'agissait de faire sa condition meilleure, *cum auctoritate tutoris* dans le cas contraire [1].

§ 3

LA PATRIA POTESTAS CONFÈRE-T-ELLE UN DROIT DE PROPRIÉTÉ

Nous avons exposé maintenant les droits exorbitants que la loi romaine avait remis entre les mains du père sur la personne de ses enfants. Peut-on les résumer d'un mot et dire que c'était ceux d'un propriétaire? Nous pensons que non, l'enfant n'était pas la chose, la propriété de son père.

Les partisans du système que nous combattons, et parmi eux se trouve l'illustre Pothier, s'appuient sur divers textes de Justinien.

A. — Leur premier argument est celui-ci : par l'interdit de *liberis exhibendis,* ou *de liberis educendis* (D., XLIII, 30) le père peut sommer un tiers qui retient son fils de le représenter absolument comme lorsqu'on réclame la possession de tout autre objet mobilier : une pareille procédure prouve le droit de propriété du père. Je réponds que réclamer la représentation de l'enfant, c'est non pas en réclamer la possession, un enfant ne se possède pas, mais en réclamer simplement la remise, la

1. Ces principes seront mieux exposés au titre II.

Digitized by Google

garde afin d'exercer le droit que l'on peut avoir sur lui, et il n'est pas prouvé que ce soit celui de propriété. Cela est tellement vrai que l'homme libre, dont la personne ne peut pas être possédée à titre de propriété, peut être l'objet d'un interdit analogue, l'interdit *de homine libero exhibendo* [1].

B.—On dit encore : l'enfant peut être l'objet d'un *furtum* [2], or, on ne vole que les choses dont un autre a la propriété. Non, à Rome le vol n'est pas seulement l'occupation violente d'une chose dont un autre est propriétaire, il n'y a pas nécessairement corrélation entre les idées de vol et de propriété : en effet, un propriétaire commet un vol, *furtum*, quand il s'empare de sa propre chose dont il avait remis la possession ou l'usage entre les mains d'un tiers. En sens inverse la femme, même *in manu*, qui n'est pas la propriété de son mari [3], peut être l'objet d'un *furtum* [4]. De même encore [5] on peut commettre un vol sur la personne du *judicatus*, c'est-à-dire de l'homme libre remis entre les mains du créancier jusqu'à ce que par cette espèce de contrainte par corps il ait acquitté

1. D., XLIII, 29.
2. Inst., IV, I, § 9.
3. Ce point n'est pas contesté, le mari en effet ne pourrait vendre sa femme.
4. GAIUS, III, § 180.
5. GAIUS, loc. cit.

Digitized by Google

sa dette, et cependant le créancier n'est pas propriétaire de cet individu. Le *furtum,* en effet, n'est pas seulement un attentat à la propriété, mais un déplacement frauduleux, *contrectatio fraudulosa*, disent les Institutes [1].

C. — L'enfant peut être mancipé: pour vendre, dit-on, il faut être propriétaire. Je réponds que lorsque le père mancipe son enfant, l'acheteur n'acquiert sur celui-ci qu'un certain droit, le *mancipium*, qui, on le reconnaît, n'est pas le *dominium*; or, si l'acheteur n'a pu acquérir la propriété et si le vendeur n'a pu la lui transférer, c'est apparemment que ce droit n'appartenait pas au vendeur. Ce n'est pas la personne même de l'enfant qui a été vendue ; le père n'a vendu que ce qu'il avait, la *potestas*, et non la propriété qu'il n'avait pas.

D. — Enfin, dit-on, l'enfant peut être l'objet d'une revendication. On trouve en effet au Digeste ce texte emprunté à Ulpien : « Per hanc actionem (vindicationem) liberæ personæ, quæ sunt juris nostri, utputa liberi, non petuntur..... nisi forte *adjecta causa* quis vindicet ; si quis ita petit *filium* suum vel *in potestate ex jure romano*, videtur mihi Pomponius consentire recte eum egisse : ait enim *adjecta causa ex lege quiritium* vindicare posse [2]. »

1. IV, I, § 1.
2. L. 1, § 2, D., VI, I.

Digitized by Google

Alors nos adversaires raisonnent ainsi : l'enfant peut être revendiqué en ajoutant les mots *ex jure quiritium* ou *ex jure romano*, et comme la revendication est l'action par laquelle on réclame la propriété, la thèse est démontrée. Oui, malheureusement la prémisse est fausse, le texte d'Ulpien n'a pas le sens qu'on lui prête. Il suffisait, dit-on, d'ajouter quelque chose pour pouvoir revendiquer, *adjecta causa*, et ce que l'on ajoutait, c'étaient les mots *ex jure quiritium* ou *ex jure romano* : une pareille addition ne pouvait changer ni la nature, ni les effets, ni la cause de l'action, on était donc propriétaire, car l'on revendiquait. Nullement, ce n'étaient pas ces mots-là qu'il fallait ajouter. En effet, dans toute revendication (c'est une action du droit civil), ces mots devaient être écrits [1], on n'avait pas à les y ajouter, ils y étaient déjà. S'il faut ajouter quelque chose, *adjecta causa*, cette phrase ne peut pas viser les mots *ex jure quiritium*, mais le motif de l'action, c'est-à-dire que l'on agit en qualité de père réclamant son fils, ou celui qu'on a sous sa puissance, *filium, vel in potestate*. Cette opinion est confirmée par un texte des Institutes de Gaïus [2]. Ce jurisconsulte, en effet, décrivant l'adoption qui s'accomplit au moyen d'une revendication fictive, nous dit : « is qui vindicat *filium*

1. Gaius, IV, 16.
2. Gaius, I, 134.

Digitized by Google

suum esse, » il ne dit pas, is qui vindicat *suum* esse, formule ordinaire de la revendication : qu'ajoute-on ? le mot *filium*. On ne dit pas il est à moi, *meum*, comme est obligé de le faire celui qui revendique ; on dit il est mon fils. Que l'on compare Gaïus à Ulpien, les textes sont identiques, ce ne peut être qu'à dessein que ces mots étrangers à la revendication ordinaire se trouvent écrits par les deux jurisconsultes.

La *vindicatio* donc n'est pas applicable aux personnes libres, aux enfants, parce que la formule de cette action indique un droit de propriété, mais l'action pourra être employée si l'on en modifie les termes, si l'on ajoute que l'on agit en vertu de la puissance paternelle ou que l'on réclame un fils. Dès lors le texte d'Ulpien se traduira ainsi : « Les personnes libres, comme les enfants, ne peuvent être revendiquées, on devra recourir aux actions préjudicielles, aux interdits ou à une action prétorienne ; et c'est ainsi que s'exprime Pomponius, à moins, ajoute-t-il, que l'on ne revendique en insérant dans la formule le *motif de l'action*. Si quelqu'un réclame de cette manière, d'après le droit civil, son fils ou celui qu'il a sous sa puissance, Pomponius me paraît admettre que son action réussira, car, dit-il, cet individu peut revendiquer d'après le droit civil, en ajoutant le motif, le titre de sa réclamation. » Bref, on modifie les termes

Digitized by Google

de la formule parce qu'elle ne serait pas applicable, et comme elle sert à réclamer la propriété, c'est que l'on n'est pas dans un cas où l'on puisse invoquer ce droit. Ainsi, le texte qu'on nous oppose, loin de favoriser la thèse de nos adversaires, confirme singulièrement la nôtre. Mais, d'ailleurs, l'opinion contraire serait-elle admissible? Relisons le texte du Digeste, il se résume ainsi: 1° les enfants ne peuvent être revendiqués, alors on recourra à d'autres procédures; 2° à moins que... Eh bien! comment l'exception de la fin pourrait-elle avoir pour effet d'annuler le principe très-absolu qui précède[1]: évidemment elle ne peut être qu'une faveur accordée à la condition de reconnaître que l'on n'agit pas par une véritable revendication.

Enfin un dernier texte vient, ce semble, donner raison à l'opinion que nous défendons. Le pouvoir, dit Paul[2], que l'on a sur l'enfant s'appelle *patria potestas*, celui que l'on a sur l'esclave s'appelle *dominium*, c'est-à-dire propriété. Si le père de famille avait le *dominium* sur l'un et sur l'autre, pourquoi cette distinction? Il résulte évidemment de ce texte

1. Nos adversaires paraissent vraiment faire trop facilement bon marché de la première partie du texte qu'ils invoquent, quoi de plus précis, en effet, que ces mots : « Liberi, qui sunt in potestate, non petuntur (vindicatione) ; petuntur igitur aut præjudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria. »

2. L. 215, D., L, 16.

Digitized by Google

que les deux pouvoirs sont différents et que le droit de propriété n'existe que sur l'esclave.

§ 4

DIFFÉRENCES ENTRE LA CONDITION DE L'ENFANT ET CELLE DE L'ESCLAVE

A la différence de la puissance paternelle, l'esclavage confère un droit de propriété : la différence est capitale. Toutefois les pouvoirs du père de famille sur son enfant et sur son esclave étant également absolus, on serait tenté tout d'abord de confondre l'un avec l'autre. Les différences sont considérables cependant ; aussi Plaute peut-il mettre sur les lèvres d'une jeune fille ces paroles qu'elle adresse à son père pour lui rappeler sa condition de fille libre :

Utrum tu pro ancilla me habes, an pro filia [1] ?

En effet l'esclave est une chose, le fils de famille reste un homme.

De ce principe résultent plusieurs conséquences :

A. *L'enfant a une religion.* — Sans doute il n'a pas de culte privé, mais il participe aux *sacra* de son père, et ces *sacra* lui appartiendront lorsqu'il recevra l'héritage de celui-ci.

1. Perse, III, 5, 338.

Digitized by Google

B. — *L'enfant est libre.*

C. *L'enfant est citoyen.* — Quelques jours après sa naissance il était purifié, *die lustrico*, en présence de la famille, un nom lui était imposé, puis on se rendait au temple de Saturne pour le faire inscrire sur les registres publics, *acta publica* [1]. Désormais il aura son chapitre, *caput*, sur les livres des Censeurs, on y constatera tout changement apporté à sa personne civile (*capitis minutio*). Membre de la société, l'enfant possède deux priviléges inviolables, le *jus civitatis* et la liberté; devant ces deux droits doit s'arrêter le pouvoir du père.

D. — Il peut exercer des droits politiques et publics. Il peut remplir des charges dans la Cité, et son père sera tenu de lui rendre les mêmes hommages qu'à tout autre magistrat investi des mêmes fonctions.

Il peut également exercer des droits civils, il a le *commercium*, seulement ses transactions n'auront qu'une valeur juridique compatible avec la puissance paternelle à laquelle il est soumis.

E. — Il a une famille : l'esclave n'a pas de parents. Le fils de famille peut former de justes noces, il a le *connubium*.

1. Suét., *Tib.*, 5; — *Calig.*, 8; — *Néron*, 6; — Juv., *Sat.*, IX, 84; — Jul. Capit., *Vie de Marc-Aur.*, ch. IX; — L. 29, D., XXII, 3.

Digitized by Google

F. — Il a des biens. Certes, l'enfant n'a pas en réalité de biens propres ; le patrimoine est centralisé entre les mains du père de famille, mais n'en est-il pas comme propriétaire. S'il en était autrement, comment se fait-il qu'il était classé et qu'il contribuait aux charges militaires d'après la fortune de son père et non d'après ses propres ressources qui eussent été celles d'un indigent [1] ? Et puis, n'était-ce pas en se succédant à lui-même, *suus hæres,* comme disaient les jurisconsultes, qu'il recevait l'héritage paternel [2] ?

En résumé le *paterfamilias* est prêtre du foyer, maître de la personne et juge des actes de l'enfant, propriétaire du patrimoine commun : l'enfant lui est soumis d'une manière absolue en cette triple qualité. Tous les droits que la loi naturelle lui accorderait sont momentanément paralysés et remis dans l'intérêt de la famille au père qui assurera l'unité de direction de la maison. Mais à son tour l'enfant devenu *sui juris* exercera les mêmes droits et les mêmes pouvoirs. Au sein du foyer domestique il n'a jusqu'à ce jour que l'espérance de sa personnalité, mais au sein de la société il en est déjà investi.

1. Tite-Live, XXIV, 11.
2. L. 11, D., XXVIII, 2.

Digitized by Google

SECTION II

Atténuation progressive des droits du paterfamilias

Chez la plupart des nations et l'on peut dire suivant le droit naturel, le pouvoir du père sur ses enfants n'est qu'un pouvoir de protection, de tutelle qui cesse dès que l'enfant a atteint l'âge de raison (*animi judicium*) : on a vu combien à Rome il en était autrement. Au reste, cette puissance paternelle des Romains si étrange et si énergique n'apparaît pas parmi eux dès les premiers temps.

Les familles primitives, les familles patriciennes, semblent avoir adopté pour fondement de leur constitution ces règles naturelles de l'égalité des époux et de l'indépendance des enfants, en remettant seulement au père ce droit d'autorité et de tutelle, de direction et d'éducation qui lui doit nécessairement appartenir[1].

Au contraire, les familles plébéiennes qui reconnaissaient pour origine l'enlèvement des Sabines eurent pour base la force ou la violence[2]; la

1. La famille patricienne s'appela *gens*, ses membres étaient *ingenui*, *gentiles*, de γενος, naissance : le sang en était la base.

2. La propriété plébéienne, née de la guerre, eut pour symbole la lance, que la baguette (*vindicta*) remplaça bientôt dans les actes civils, *festuca hastæ loco* (Gaius, IV, § 16); le nom même des Ro-

Digitized by Google

femme fut pour ainsi dire une esclave, l'enfant suivit la condition de sa mère (*in manu*, *mancipium*, *manu captus*); de là, l'autorité absolue que le père eut sur les membres de sa famille[1]. Peu à peu les plébéiens, dont les rangs se grossissaient sans cesse des habitants des villes conquises, eurent la prépondérance dans Rome, et leur droit privé, devenu celui de l'immense majorité des citoyens, s'imposa aux patriciens[2]. Cette absorption d'une des législations par l'autre était à peu près opérée au temps du roi Servius Tullius. Dès lors, la famille romaine fut soumise à l'organisation que nous avons essayé d'exposer, et la loi des XII Tables vint ratifier les institutions de la coutume. (450 avant J.-C.)

Quelque artificielle et quelque barbare que fût cette organisation, elle subsista forte et inébranlée pendant toute la République romaine. Durant toute cette période, l'enfant fut compté pour rien et jamais l'on ne songea que sa faiblesse pût être pour lui un titre à la protection de son père ou à la vigilance de la loi.

mains, *Quirites*, n'a pas d'autre origine, il est dérivé du mot sabin *queir*, lance.

1. La famille plébéienne s'appela *familia*, de *famulus*, esclave ; le sang était compté pour peu de chose.

2. Le droit civil du peuple romain présente de nombreuses traces de cette double origine : mariages, adoptions, émancipations, testaments.

Digitized by Google

Ce n'est que sous l'Empire, et l'influence bienfaisante du christianisme favorisa singulièrement ce mouvement, que l'on en vint à trouver intolérables ces institutions qui avaient fait litière et de la dignité de l'homme et de l'affection naturelle. Peu à peu et graduellement les mœurs, les lois s'efforcèrent de substituer aux règles artificielles de la famille des règles plus équitables, jusqu'au jour où Justinien consomma enfin la ruine de l'agnation ou parenté civile par ces Novelles 118 et 127 qui fondaient le régime successoral sur la cognation ou parenté naturelle.

Ce sont ces efforts successivement tentés pour adoucir l'ancienne rigueur de la puissance paternelle que nous allons maintenant rapporter sommairement.

§ 1er

RELATIVEMENT A LA PERSONNE

A. *Droit de correction, de vie et de mort.* — Le droit contre lequel les mœurs, et par suite les lois, durent tout d'abord lutter, ce fut ce droit absolu de correction qui comportait pour le père, le pouvoir de mettre son fils à mort. Les écrits des philosophes et des jurisconsultes attestent la réprobation qui s'éleva dans les premiers siècles de

Digitized by Google

l'ère chrétienne contre cette coutume barbare [1]. Sénèque rapporte que de son temps un chevalier ayant fait mourir son fils, il fut poursuivi dans le forum par le peuple indigné [2]. Marcien, en ses Institutes, déclare que la puissance paternelle doit être tout affection et non *in atrocitate consistere* [3]. Et plus tard Lactance qualifie d'impiété le meurtre de l'enfant commis par son père : « Epargnera-t-il le sang étranger, dit-il encore, celui qui n'a pas épargné le sien propre [4] ! »

Les empereurs ne pouvaient rester sourds à ces appels. Cependant leurs efforts furent lents et timides. Ils ne cherchèrent d'abord qu'à réprimer les abus en empêchant seulement les pères de recourir sans motif à des châtiments trop rigoureux. C'est ainsi que Trajan contraignit un père à émanciper son fils, parce qu'il l'avait traité avec trop d'inhumanité, et même il le priva des droits de tutelle et de succession qui lui eussent appartenu à l'égard de cet enfant en sa qualité d'émancipateur [5]. Un peu plus tard, ce ne sont plus des

1. Il semble que déjà auparavant les mœurs avaient enlevé au père de famille le droit de donner la mort à ses enfants, au moins quand ils étaient mariés. En effet, la loi Julia *de Adulteriis*, rendue sous Auguste (PAUL, *Sent.*, II, XXVI, § 1), déclare excusable le meurtre commis par le père sur sa fille adultère : en l'absence de cette circonstance, ce meurtre serait donc un crime.

2. *De clementia*, I, 14.

3. L. 5, D., XLVIII, 9.

4. Inst. div., VI, ch. 20.

5. L. 5, D., XXVII, 12.

Digitized by Google

déchéances civiles, c'est une condamnation à la déportation que prononce Adrien contre un père qui avait tué à la chasse son fils coupable, pourtant, d'adultère avec sa belle-mère[1].

Au IIIe siècle apparaît une grande innovation : si l'enfant mérite un châtiment sévère, ce n'est plus au père, c'est au magistrat qu'il appartiendra de l'infliger. Le père, dit Ulpien, doit accuser son fils devant le préfet ou le président de la province[2]. Et bientôt Alexandre Sévère adopta ce principe en même temps qu'il limita le pouvoir correctionnel du père : « Si ton fils méconnaît ton autorité, ta puissance paternelle te donne le droit de le châtier, mais s'il persévère dans le mal, tu le traduiras devant le président de la province qui le jugera. » Une constitution de Valérien et Gallien renouvela cette prescription[3].

Cependant, si le père trangresse ces ordres, on ne voit pas qu'il encourre un châtiment, et en l'absence d'une sanction le droit de donner la mort à son enfant lui appartient encore. C'est à Constantin, le premier empereur chrétien, qu'appartient la gloire d'avoir aboli ce droit barbare *vitæ necisque*. Une de ses constitutions ordonne, en effet, que le père qui n'a pas craint de se faire le meurtrier de

1. L. 5, D., XLVIII, 9.
2. L. 2, D., XLVIII, 8.
3. L. 3 et 4, C., VIII, 47.

Digitized by Google

son fils soit puni de la même peine que le parricide[1]. Le droit naturel triomphe enfin : le pouvoir correctionnel du père est désormais contenu dans de justes limites.

B. *Droit d'exposition.* — La vie du nouveau-né était encore menacée par la coutume de l'exposition ; de ce côté aussi, la loi devait s'efforcer d'adoucir les mœurs.

Les empereurs n'osèrent pas proscrire l'usage de l'exposition : ils tentèrent seulement de venir au secours des enfants abandonnés, soit en prenant à leur égard des mesures charitables[2], soit en déter-

1. L. 1, C., IX, 17. Le parricide était cousu dans un sac avec un chien, un coq, une vipère et un singe, et jeté à la mer ou dans un fleuve.

2. Auguste, le premier, encouragea par des secours les pères de famille à élever leurs enfants : tous ceux qui, dans ses voyages en Italie, lui prouvaient qu'ils nourrissaient une nombreuse famille, recevaient pour chaque enfant 2,000 sesterces. A Rome, l'an 725, il fit distribuer des secours à tous les enfants pauvres âgés de moins d'onze ans (Dion, LI, 21 ; LXX, 25 ; — Suet., Aug., 46). Mais c'étaient là des libéralités accidentelles. Trajan fonda des secours perpétuels en faveur de l'enfance. Ce prince décida, dans chaque ville d'Italie, un grand nombre de propriétaires à constituer sur leurs biens, en faveur de l'Etat, de véritables rentes hypothécaires, dont le produit devait servir à l'entretien des enfants indigents. L'*obligatio prædiorum*, bronze découvert dans les ruines de Velléia en 1747, donne le détail du contrat qui intervint alors pour cette petite ville : 51 personnes hypothéquèrent leurs biens jusqu'à concurrence d'un capital de 1,116,000 sesterces ; 263 garçons légitimes et libres reçurent 16 sesterces par mois, 33 filles de la même condition reçurent 12 sesterces, deux enfants naturels reçurent l'un 12, l'autre 10 sesterces. Deux autres *tabulæ alimentariæ*, appartenant au règne de Trajan et mises au jour en 1835, constatent des fondations ana-

Digitized by Google

minant leur condition civile et en leur facilitant le moyen de s'affranchir de leur esclavage.

C'était à Rome un principe que la liberté est inaliénable [1], aussi, l'ancien droit, en reconnaissant d'une part que l'enfant était bien devenu l'esclave de fait de celui qui l'avait recueilli, avait-il admis d'autre part que, né libre, cet enfant était resté libre de droit. Aussi, venait-il à être affranchi, il se trouvait replacé dans son ancien état d'ingénuité. Depuis longtemps, en outre, on lui accordait le droit, en indemnisant sa famille adoptive, de recouvrer sa première condition.

Marc-Aurèle et Alexandre Sévère proclamèrent ces principes, incontestés d'ailleurs.

La loi n'avait pas cru pouvoir accorder d'autres faveurs ; l'exposition restait un droit, l'usage en

logues. (Le texte en est rapporté dans l'*Histoire du Droit français au moyen-âge*, par Giraud, t. I, p. 164.) Antonin et Marc-Aurèle, après Adrien, augmentèrent les fondations de Trajan, ou en créèrent de nouvelles en l'honneur de leurs femmes, nommées toutes deux Faustine, et les enfants assistés s'appelèrent *Faustiniani pueri*.

Constantin, dans le but de subvenir au soulagement des parents dans la détresse et de « les détourner du parricide, » ordonna que, dans les provinces, les greniers publics et les caisses du Trésor seraient ouverts aux indigents et que, dans les villes d'Italie, des aliments et des vêtements seraient fournis sans retard aux pères qui, présentant un nouveau-né, justifieraient de leur pauvreté (C. Théod., *de Aliment. quæ inopes*, l. 1).

A partir de ce moment, et grâce surtout à l'influence du christianisme, des établissements de bienfaisance, des hospices d'orphelins, *orphanotrophia*, se fondèrent dans nombre de villes. Enfin, au VIIe siècle, Justinien parle d'un hospice de maternité, *brephotrophia*.

1. Paul, *Sent.*, V, 1, § 1.

Digitized by Google

était fréquent et l'on sait quel triste sort attendait ceux qui en étaient les malheureuses victimes.

Cependant les philosophes protestaient avec indignation contre cette coutume[1]. « Exposer son enfant, dit le jurisconsulte Paul, c'est commettre un meurtre[2]. » — « Sont-ils innocents, s'écriait Lactance, ceux qui offrent en proie aux chiens leurs propres entrailles et les tuent plus cruellement encore que s'ils les étranglaient ! Quand même il arriverait que l'enfant exposé trouvât quelqu'un pour se charger de le nourrir, le père serait-il moins coupable pour avoir livré son sang à la servitude ou à la prostitution? Oui, autant vaut tuer son enfant que l'exposer[3] ! »

C'est à Constantin qu'il dédiait son livre, et cependant l'usage de l'exposition était tellement entré dans les mœurs romaines que l'empereur, en le qualifiant de *facinus*, n'osa pas le prohiber. Seulement, comme les parents qui n'avaient pas craint d'exposer leurs enfants, n'étaient plus dignes des avantages que confère la puissance paternelle, il leur ôta l'espoir de pouvoir jamais les racheter, et les déclara déchus de leur titre d'ascendants ; d'un autre côté, il encouragea les citoyens à recueillir et à élever ceux que leurs parents avaient rejetés.

1. Athénagore, le philosophe chrétien ;—Tertullien, *Apolog.*, § 9
2. L. 4, D., XXV, 3.
3. Inst. div., VI, ch. 20.

Digitized by Google

C'est dans ce but qu'il reconnut au père nourricier un droit inébranlable sur l'enfant recueilli, en interdisant au père naturel le droit de le réclamer ; il déclara aussi qu'on pourrait élever cet enfant, soit à titre de fils, soit à titre d'esclave, et qu'on serait tenu de faire constater son intention dans un acte dressé devant témoins ou signé par l'évêque [1]. Ainsi, Constantin frappait le père naturel et protégeait la vie du nouveau-né ; mais aussi, plus rigoureux que l'ancien droit, il permettait au nourricier de réduire en esclavage l'enfant né libre.

Valens et Gratien conservèrent ce système, ils ajoutèrent seulement une nouvelle peine aux déchéances qui frappaient le père, ils le livrèrent au mépris public, *animadversioni* [2].

Mais la misère des classes inférieures était plus forte que toutes les lois, elle maintenait la coutume de l'exposition ; aussi, Théodose dut-il revenir au principe de l'inaliénabilité de la liberté, il rendit à leur condition première, en les dispensant de toute rançon, les enfants recueillis qui se trouvaient alors soumis à l'esclavage, et il décida pour l'avenir que tous les enfants pourraient réclamer leur liberté sans indemnité. Ainsi, tandis que ses prédécesseurs sauvaient de la mort les malheureuses victimes de l'exposition, mais en faisaient des esclaves,

1. C. Théod., *de Expos. lib.*, l. 1.
2. L. 2, C., VIII, 52.

Digitized by Google

Théodose leur conservait leur liberté, mais ôtait aux nourriciers tout espoir de bénéfice ou de spéculation. Hélas ! personne ne voulut plus recueillir et élever d'enfants abandonnés !

Aussi Valentinien III fut-il obligé de reprendre le système de Constantin. Les enfants redevinrent des esclaves, mais, comme autrefois, ils purent se racheter !

Enfin, Justinien abrogea cette législation, et, désormais, la liberté prévalut. L'enfant recueilli resta ingénu, car, disait l'empereur, leur père nourricier n'avait pu les recueillir et les élever que par un mouvement de charité et non dans un but d'intérêt ou de bénéfice [1]. Peut-être que, pour être hautement proclamés, ces sentiments généreux n'en étaient pas moins contraires à la vérité des faits : la tentative, restée sans succès, de Théodose est là pour l'attester. Il est vrai que du temps de Justinien le danger était moindre ; les chrétiens avaient pris la place des spéculateurs païens, et l'Eglise ouvrait ses asiles à la faiblesse et à l'indigence.

Si l'on résume ces variations de la jurisprudence on voit que tous les empereurs s'attachèrent à fixer la condition civile de l'enfant exposé ; tantôt on encourageait les citoyens à recueillir et élever les nouveau-nés par l'espoir d'un bénéfice ; tantôt on

1. L. 3 et 4, C., VIII, 52.

Digitized by Google

effrayait les parents ou les maîtres par des déchéances ; toujours on s'efforçait de diminuer le nombre des expositions, mais jamais on n'osa interdire un droit que conférait une puissance paternelle, pourtant bien affaiblie dans les derniers siècles. La pauvreté des parents et un usage universel dans l'antiquité expliquent seuls cette faiblesse des législateurs.

C. *Droit de disposer de la personne.* — Le droit qui appartenait au père de disposer de la personne de ses enfants, en s'appropriant leur activité, leur industrie ou leurs talents, en confisquant leur volonté au profit de la sienne, reçut peu de modifications. Il resta maître de les conserver dans sa famille ou de les en faire sortir, de former ou de rompre leurs unions, de les employer aux travaux qu'il lui plut. Cependant, nous lisons dans les Sentences de Paul que si le père put toujours louer les services de son enfant, il lui fut défendu de le livrer en gage ; le créancier qui aurait accepté ce contrat encourait la déportation. Justinien ajouta qu'il perdrait sa créance et qu'il paierait, à titre de réparation, une somme égale à l'enfant : ces pénalités rigoureuses sont la preuve que l'empereur avait à combattre un usage bien invétéré [1].

Nous voyons aussi une constitution de Théodose

1. Paul, V, 1, § 1.

Digitized by Google

et Valentinien ordonner que le père qui aurait livré sa fille à la prostitution serait tenu de l'émanciper [1].

Ces textes permettent de penser que, par suite de l'adoucissement des mœurs, les pères de famille s'habituèrent à tenir plus de compte de la liberté et de la personnalité de leurs enfants ; mais, quelque vraisemblable que soit cette conjecture, nous n'en trouvons pas dans les compilations justiniennes d'autre confirmation.

A l'appui de cette opinion nous citerons encore les restrictions que subirent les droits de mancipation et d'abandon noxal.

D. *Droit de Mancipation.*— La vente de l'enfant pouvait être fictive ou réelle. Fictive, elle se maintint pendant toute la durée de l'empire romain : cette opération, en effet, n'avait d'autre but que d'émanciper l'enfant ou de le donner en adoption. L'adoption produisait chez les Romains de tels effets que peut-être pouvait-elle paraître contraire au droit naturel ; aussi, sans toutefois l'interdire, Justinien déclara-t-il que si l'enfant entrait dans la famille de son père adoptif, il ne cesserait pas pour cela de compter dans la famille de son père naturel et d'y conserver ses droits de succession. L'adoption ne devait plus produire ses anciens

1. L. 6, C., XI, 40.

Digitized by Google

effets que lorsqu'elle serait conférée par un ascendant maternel ; alors, en effet, les liens civils se réunissaient à des liens du sang.

La vente pouvait être réelle ; cette spéculation ne pouvait pas être maintenue par les mœurs. Antonin déclarait cette vente *illicitam et inhonestam*[1]. Paul en ses Sentences nous apprend que les ventes réelles d'enfants n'avaient lieu que dans le cas d'extrême misère[2]. Pour Dioclétien et Maximien c'est de droit évident (*manifestissimi juris*), que les pères ne peuvent livrer leurs enfants ni en vente, ni en donation, ni en gage[3]. Cependant ce droit inhumain n'avait pas disparu, et la pauvreté des peuples était telle que Constantin n'osa en proscrire l'usage[4]. Il voulut seulement que la vente fût constatée par un écrit ou des témoins afin d'assurer à l'enfant le moyen de se faire reconnaître[5], et même il ne toléra ce contrat qu'à l'égard des enfants qui venaient de sortir du sein de leur mère (*sanguinolentos*), et à la condition que les parents fussent contraints à cette extrémité par la pauvreté. Il décidait encore que tout le monde

1. L. 1, C., VII, 16.
2. V, 1, § 1.
3. L. 1, C., IV, 43.
4. Saint Jérome nous a conservé les plaintes d'une pauvre mère dont les trois fils avaient été vendus pour payer l'impôt au fisc. (*In vita Paphnutii.*)
5. C. Théod., V, tit. 8, l. 1, et tit. 7, l. 1.

Digitized by Google

pourrait libérer l'enfant de la puissance de l'acquéreur en indemnisant ce dernier[1].

Enfin, Justinien interdit la vente de l'enfant, quand il déclara la liberté inaliénable[2].

E. *Droit d'abandon noxal.* — Ce droit aussi disparut peu à peu. D'après le vieux droit l'abandon noxal se justifiait : c'était un principe, avons-nous dit déjà, que l'individu *alieni juris* ne pouvait engager la responsabilité de celui sous la puissance duquel il se trouvait, et que sa personne seule répondait de ses délits. Or, cet abandon n'avait rien d'anormal si on le rapproche de cet autre principe ancien, que la personne du débiteur appartenait au créancier (*nexus*) : le créancier, en effet, pouvait se faire adjuger la personne de son débiteur, et le réduisant ainsi en une sorte d'esclavage de fait, il se payait par son travail. Bref, le créancier pouvait tout saisir, corps et biens. On comprend dès lors que, placé vis-à vis d'un délinquant *alieni juris*, c'est-à-dire d'un délinquant qui ne possédait rien et ne pouvait engager la responsabilité de son *paterfamilias,* le créancier ait pu au moins réclamer la personne de l'auteur du dommage. L'action noxale était donc une application des principes primitifs.

1. L. 2, C., IV, 43.
2. L. 3, C., VIII, 52.

Digitized by Google

Mais, en s'adoucissant les mœurs durent s'attaquer à une législation aussi rigoureuse. Aussi, lisons-nous dans Gaïus [1] que, si de son temps l'abandon noxal existait encore, il ne s'exerçait plus que sur le fils et non sur la fille. Peu à peu, les exemples en devinrent plus rares même à l'égard des enfants mâles, et c'était un droit complétement tombé en désuétude à l'époque de Justinien : pour l'effacer de la législation, cet empereur n'eut que la peine de donner la sanction de la loi à la réforme introduite déjà par la coutume [2].

§ 2

RELATIVEMENT AUX BIENS

Le père de famille, avons-nous dit, était seul propriétaire du patrimoine commun ; les enfants soumis à sa puissance ne pouvaient rien posséder. Leurs talents, leur industrie exploités à son gré étaient pour lui une nouvelle source de richesse. Bien plus, avaient-ils obligé un tiers par une stipulation, une donation leur avait-elle été consentie, un testament avait-il été fait en leur faveur: tout cela appartenait au père. Si l'on comprend à la rigueur que maître de la personne de ses enfants, le *paterfamilias* ait pu par une conséquence

1. Gaius, IV, § 75 et seq.
2. Inst., IV, 8, § 7.

Digitized by Google

logique acquérir pour lui-même les produits de leurs travaux, la raison et l'équité se refusent à admettre qu'il ait pu aussi les dépouiller des legs ou donations. Il est étrange, en effet, que des libéralités dues à un sentiment d'affection ou de reconnaissance, et faites essentiellement *intuitu personæ*, aient pu de par la loi être enlevées à ceux que les donateurs avaient voulu gratifier. Un tel résultat ne s'explique que par la nécessité de remettre tous les pouvoirs entre les mains d'un seul chef afin d'assurer l'unité de direction de la famille.

Ces institutions [1] primitives commençaient, vers les derniers temps de la république, à paraître trop rigoureuses, aussi, lorsque les empereurs désireux de s'attacher l'armée prodiguèrent des priviléges à leurs soldats, ne manquèrent-ils pas d'accorder à ceux d'entre eux qui étaient *alieni juris* le droit de devenir propriétaires. Cette concession s'imposa d'ailleurs à Auguste lorsqu'il distribua à ses partisans les terres confisquées de ses adversaires, autrement un grand nombre n'eût pu prendre part à ses libéralités.

1. Nous ne parlerons pas du pécule *profectice*, qui fut de tout temps en usage : Ce pécule, constitué par le père de famille lui-même à son descendant, n'attribuait à celui-ci qu'une gestion d'affaires, en réservant à celui-là la pleine propriété ; chargé seulement d'administrer et de faire fructifier, l'*alieni juris* ne pouvait, par suite, rien acquérir pour lui.

Digitized by Google

A. — *Pécule castrense.* — Sous le nom de pécule *castrense* le fils de famille conservera la propriété de tout ce qu'il acquérait à l'occasion du service militaire, et ce pécule comprit non-seulement sa solde ou sa part de butin, mais encore toutes les donations entre-vifs ou testamentaires qui pouvaient lui être faites en considération de sa qualité de militaire [1].

B. *Pécule quasi-castrense.* — A l'imitation du pécule précédent, Constantin créa le pécule *quasi-castrense.* Il décida que les biens acquis à l'occasion de leurs fonctions, par les officiers du palais impérial, leur appartiendraient, comme les biens *castrensia* appartenaient aux militaires. Dans la suite, différentes constitutions impériales étendirent le même privilége à d'autres fonctionnaires, aux avocats, aux évêques, etc. [2].

1. L. 11, D., XLIX, 17 ; — Inst., II, 12, pr.; — Juv., *Sat.*, XXVI, 52.

2. L. 1, C., XXII, 31.— Nous n'avons pas à développer autrement l'exposition de ces deux pécules : c'est à des hommes, à des fonctionnaires qu'ils sont accordés et nous n'avons à rechercher que les faveurs accordées à des enfants. Qu'il nous soit permis cependant de rappeler sommairement ce que furent ces institutions.

Le pécule *castrense* eut pour cause la condition de militaire du privilégié ; de là deux restrictions à son droit de propriété : 1° S'il est vrai qu'il peut tester *de peculio*, son testament ne peut être valable que tant qu'il reste dans les camps ; en quittant l'armée, il perd le droit de tester, ses dispositions antérieures deviennent *inutiles* ; 2° Meurt-il après la campagne, ou même à l'armée sans avoir testé, les biens composant son pécule sont transmis à son père, et celui-ci les prend *jure peculii*, en raison de sa puissance paternelle,

Digitized by Google

C. *Pécule adventice.* — Tandis que les deux pécules précédents, nés de situations exceptionnelles, pouvaient paraître de simples faveurs et laissaient intact théoriquement le droit du père de famille de posséder seul tout le patrimoine ; une dernière institution, due à Constantin, vint véritablement attaquer ce principe et ébranler l'antique puissance paternelle. Le pécule adventice, en effet, qui conservait à l'enfant, aussi bien à la fille qu'au fils, tout ce qu'il avait acquis lui-même, était fondé sur le droit naturel et sur cette considération que le *paterfamilias* ne devait pas profiter de ce qui n'était pas son œuvre.

L'institution, timide d'abord, ne s'appliquait

comme si son fils n'eût de son vivant possédé que par tolérance (L. 1, 2, 14, D., XLIX, 17 ; — Inst., II, 12, pr.) Ces réserves faites, les droits du fils de famille sur le pécule *castrens* sont ceux d'un propriétaire (L. 2, D., XIV, 6).

Nerva et Trajan confirmèrent les dispositions d'Auguste. C'est seulement Adrien qui, cessant de favoriser le militaire en cette seule qualité, *militans*, accorda les priviléges du pécule *castrens* aux *alieni juris*, même après leur retour dans leurs foyers, *veterani* (Inst., *loc. cit.*) Il résulte de là que le fils de famille put toujours tester *de peculio castrensi*. Toutefois, il n'est pas encore un véritable propriétaire : en l'absence d'un testament, le père continue à recueillir ses biens *jure peculii* (L. 10, pr., D., XXXVIII, 17 ;—L. 17, D., XLIX, 17 ; — L. 98, § 3, D., XLVI, 3.) Ce fut seulement Justinien qui supprima, ainsi qu'il est rapporté ci-dessous, cette dernière différence avec la pleine propriété, en créant la succession légitime des fils de famille.

Quant au pécule *quasi-castrense*, il conféra à son possesseur les avantages qui résultent du pécule *castrense*, à l'exception cependant du droit de tester, qui, avant Justinien, était réservé aux seuls militaires.

Digitized by Google

qu'aux biens recueillis par l'enfant dans la succession de sa mère [1]; plus tard, on y comprit tout ce qui lui était advenu à un titre gratuit quelconque, même entre-vifs, de sa mère ou de ses ascendants maternels [2]; enfin, Justinien décida que tous les biens qui ne sont ni *castrensia*, ni *quasi-castrensia*, et que le fils de famille ne doit pas à la libéralité de son père, seraient adventices [3].

Cependant on avait admis que le *paterfamilias*, chargé de subvenir à l'entretien de ses enfants, devait au moins percevoir les revenus de leurs biens propres. Aussi, l'usufruit et l'administration du pécule adventice lui furent-ils réservés.

Mais un danger se présentait : le père de famille, dans la crainte de perdre cet avantage, ne voudrait plus émanciper son enfant. Constantin remédia à cet inconvénient en donnant au père qui émanciperait son descendant le tiers du pécule de celui-ci. Justinien substitua à cette propriété du tiers, l'usufruit de la moitié [4].

Or quels sont les droits de l'enfant sur le pécule adventice ? Ce sont, en lui supposant la capacité nécessaire pour contracter, tous ceux d'un *paterfamilias*, il peut faire tous les actes que comporte

1. L. 1, C., VI, 60.
2. L. 2, *ibid.*
3. L. 6, C., VI, 61.
4. L. 6, § 3, C., VI, 61.

Digitized by Google

le *commercium*. Dès lors l'espèce suivante se pose : un acte d'*abusus* semble utile à accomplir, une hérédité est offerte au profit du pécule, une donation est ouverte ; le père de famille juge opportune l'exécution de l'opération, l'acceptation de la libéralité, le fils est d'un avis contraire : comment terminer le différend ? Justinien examine la question sous toutes ses faces et multiplie les hypothèses ; son système se réduit à ceci : Si le fils de famille est pubère, chacun prendra la décision qui lui aura plu, l'un relativement à la nu-propriété, l'autre relativement à l'usufruit ; et si le fils est impubère, le père tout seul adoptera une résolution, contre laquelle celui-là aura plus tard le secours de l'*in integrum restitutio* [1].

Le fils de famille, avons-nous dit, est plein propriétaire du pécule adventice : deux restrictions cependant furent apportées à ce droit de propriété :

1° L'enfant, devenu pubère, ne pouvait pas léguer ses biens par testament ; il n'avait pas d'ailleurs d'héritiers *ab intestat :* l'*alieni juris* n'a pas de succession légitime ; 2° Le père qui recueillait le pécule le prenait *jure peculii,* c'est-à-dire en vertu de sa puissance paternelle [2]. Mais Justinien consomma l'assimilation du pécule à un véritable

1. L. 8, C., VI, 61.
2. Inst., II, 12, pr.

Digitized by Google

patrimoine[1] : généralisant une exception admise par ses prédécesseurs relativement aux *lucra nuptialia*, il créa la succession légitime du fils de famille, et fixa l'ordre dans lequel l'hérédité serait dévolue, aux enfants d'abord, puis aux frères et sœurs, enfin au père du *de cujus ;* de ce jour, le *paterfamilias* recueillit le pécule non plus *jure peculii*, mais *jure hæreditatis*.

CONCLUSION

Si maintenant nous résumons les progrès du droit, relativement à la condition juridique du fils de famille, nous rappellerons que Constantin frappe des mêmes peines que le parricide, le père qui a donné la mort à son enfant ; que, depuis Marc-Aurèle, la répression des fautes de celui-ci n'appartient plus au père mais au magistrat ; que Justinien a interdit l'abandon noxal, qu'il a déclaré la liberté inaliénable et supprimé la *mancipatio*. En même temps, l'enfant *alieni juris* a obtenu le droit d'être propriétaire, ses divers pécules sont devenus l'objet d'une succession *ab intestat*, il a des héritiers propres. Sa personnalité jusque-là confisquée au profit du père est devenue distincte : on peut dire qu'après Justinien la puissance paternelle romaine

1. Inst., *ibid.*; L. 11, C., VI, 59 ; L. 6, § 1, C., VI, 61 ; Nov. 118, ch. 2.

Digitized by Google

est abolie. L'autorité du père n'est plus qu'une protection; l'enfant n'est plus soumis qu'à ces devoirs de respect et de reconnaissance écrits dans la loi naturelle [1].

1. L'étude du régime successoral nous a paru étrangère à notre sujet; il n'est pas inutile cependant de remarquer que l'enfant, dont les travaux avaient peut-être contribué à augmenter le patrimoine de son père, n'était même pas nécessairement appelé à recueillir son héritage. Sous ce rapport encore, l'enfant était soumis à la toute-puissance du *paterfamilias*, investi d'une liberté illimitée de tester. Les édits des préteurs et même les lois s'efforcèrent de sauvegarder le descendant contre le droit absolu d'exhérédation. Dans le dernier état du droit, la loi Falcidie assurait aux enfants le quart de la succession de leur auteur; Justinien porta la légitime à la moitié de l'hérédité quand les légitimaires seraient plus de quatre, et au tiers dans le cas contraire (Nov. 118, ch. 1).

Digitized by Google

TITRE II

CONDITION CIVILE DE L'ENFANT SUI JURIS — DE LA TUTELLE

Alieni juris, l'enfant était soumis à ses ascendants et recevait d'eux la direction que réclamaient sa personne ou ses biens. Mais un impubère peut être émancipé; son père peut mourir ou être déchu de sa qualité de citoyen ou d'homme libre: il fallait alors qu'une autorité tutélaire vînt prendre soin de son jeune âge et suppléer à la puissance paternelle éteinte. La loi pourvut à cette nécessité en organisant la tutelle: « Impuberes quidem in tutela esse omnium gentium jure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis non sit alterius tutela regatur[1]. »

La loi des XII Tables déclara que celui-là serait tuteur qui aurait été désigné par le testament du père, sinon que cette charge appartiendrait à l'agnat le plus proche comme conséquence de la

1. Gaius, *Comm.*, I, § 189.

Digitized by Google

règle qui l'appelait éventuellement à la succession de l'impubère : « ubi emolumentum successionis ibi et onus tutelæ esse debet. »

Mais là encore, il semble que la législation romaine n'ait pas eu principalement en vue la protection de l'enfant. La loi primitive ne se résout pas par des principes d'humanité, mais par la nécessité de sauvegarder l'existence de la famille. L'enfant *sui juris* est devenu le représentant d'une religion domestique, d'une race et d'un patrimoine, il importe à la Cité que de si grands intérêts ne périclitent pas entre les mains d'un incapable. Aussi est-ce aux membres *agnats* de la famille, aux héritiers présomptifs du culte et des biens que les XII Tables conférèrent les tutelles.

C'est ainsi que jamais la mère ne fut appelée à la tutelle légitime de son enfant, non plus que les ascendants maternels.

S'il faut en croire Aulu-Gelle, la loi put à l'origine remettre sans inconvénient le soin de la personne du pupille à ceux-là précisément qui avaient le plus d'intérêt à le voir disparaître [1]. On

1. « Constabat ex moribus populi romani primum juxta parentes locum tenere debere pupillos, fidei tutelæque nostræ creditos. » (*Noct. Att.*, V, 13.)

Solon, au contraire, avait craint d'exposer la vie du pupille aux embûches de parents avides, car il avait exclu de la tutelle tous ceux à qui une proche parenté aurait permis d'espérer la succession.

Digitized by Google

peut estimer cependant que, lorsque les mœurs se furent corrompues, les dangers de la tutelle légitime des agnats n'étaient que trop réels, et qu'elle était devenue comme suspecte. Car on voit, vers le ve siècle de la Fondation de Rome, la jurisprudence s'emparer de la loi Atilia qui avait été créée pour des hypothèses que l'ancien droit n'avait pas prévues, et s'efforcer d'en étendre l'application à des espèces où les agnats eussent dû être tuteurs.

Il semble donc que Justinien, lorsqu'il abolit la vieille législation et l'ancienne famille romaines, aurait dû tenir compte de cette expérience et généraliser les restrictions de la loi Atilia. Il n'en fit rien cependant. Il remplaçait les agnats par les cognats ; ceux-ci eurent désormais la tutelle légitime au lieu et place de ceux-là. Il est vrai que cette substitution permettait à la mère, aux aïeuls et aux aïeules maternels d'être préférés à des collatéraux quelquefois éloignés [1].

Si, maintenant comme autrefois, la tutelle est encore donnée à l'héritier présomptif, il faut observer que le fondement de la règle est devenu tout différent. Jadis, c'était la nécessité d'assurer l'existence de la famille qui avait fait désigner celui qui

1. Dès lors, l'impubère aura vraiment, dans tous les cas, pour tuteur son plus proche parent, car l'héritier présomptif est maintenant toujours le plus proche parent, ce qui n'avait pas lieu autrefois (parents maternels).

Digitized by Google

la représenterait à défaut du pupille ; maintenant, on s'attache à l'affection présumée, la plus vive se rencontrera chez le parent le plus proche, et l'affection l'emportera sur l'intérêt. Seulement le danger ancien reparaît quand ce plus proche cognat est un collatéral éloigné ; un système parfait est celui de notre législation moderne : le Code civil, en effet, acceptant le principe de l'affection présumée et de la proximité du degré, n'accorde la tutelle légitime qu'aux ascendants, mais préfère à tout autre parent des tuteurs datifs.

CHAPITRE Ier

ORGANISATION DE LA TUTELLE

SECTION Ire

Qui est en tutelle ?

La réponse à cette question a déjà été donnée ; le pupille est un *sui juris* impubère : *sui juris*, car s'il est soumis à un *paterfamilias*, celui-ci prendra soin de sa personne et de ses biens, quand la loi lui eût permis d'en posséder ; impubère, car, parvenu à l'âge de la puberté, ou bien il sera mis en curatelle, ou bien il aura acquis le libre et plein exercice de ses droits.

Quelles circonstances rendent l'impubère *sui*

Digitized by Google

juris ? Ce sont : 1° son émancipation ; 2° la mort, la perte du droit de cité ou de la liberté subie par son père, s'il était soumis à la puissance de celui-ci ; 3° les mêmes événements survenant dans la personne du *paterfamilias* d'un degré plus éloigné, quand les ascendants des degrés intermédiaires ont eux-mêmes disparu ; 4° l'affranchissement d'un jeune esclave avant sa puberté.

Ainsi, la tutelle ne s'ouvre pas par la mort de la mère de l'enfant, ni par celle de son père, si celui-ci était soumis à la puissance de l'aïeul. Elle ne s'ouvre pas non plus en faveur d'un impubère qui n'est pas citoyen romain ; c'est, en effet, une institution du droit civil, « jure civili data ac permissa, » disent les Institutes.

Les événements qui mettent fin à la tutelle sont les suivants :

1° L'arrivée du pupille à l'âge de puberté. Le droit primitif avait adopté l'âge de douze ans accomplis pour la femme ; quant à l'homme, l'époque était déterminée par l'état même du corps. En ce qui concerne ce dernier, une lutte s'éleva entre les deux écoles de jurisconsultes romains : les Proculéiens voulaient qu'une époque fixe servît de règle pour l'homme comme pour la femme, et proposaient l'âge de quatorze ans ; les Sabiniens voulaient s'en tenir au développement physique. Jus-

Digitized by Google

tinien adopta le système des Proculéiens, comme plus conforme à la décence ;

2° La mort du pupille ;

3° Sa dation en adrogation, car il devenait alors *alieni juris ;*

4° La perte qu'il éprouvait de la liberté ou de son droit de cité.

Dans tous ces cas, le pupille cessait d'être en tutelle. Quelquefois aussi, la tutelle ne prenait fin que pour faire place à une nouvelle. C'est ce qui arrivait quand le tuteur mourait, devenait esclave, était privé du droit de cité ; s'il était un tuteur légitime, lorsqu'il perdait l'agnation, cause de ses fonctions ; s'il avait été institué par un testament, quand le terme ou la condition apposés à sa gestion venaient à échoir ; toutes les fois enfin qu'il faisait admettre ses excuses ou qu'il était destitué.

SECTION II

Différentes espèces de Tutelles

Nous l'avons indiqué déjà, il y eut à Rome plusieurs espèces de tutelles. Il en faut distinguer trois principales : la tutelle testamentaire, la tutelle légitime, la tutelle dative. Les deux premières ont été organisées par la loi des XII Tables, la troisième a été créée par les lois postérieures.

Digitized by Google

Examinons rapidement ce que furent chacune d'elles.

§ 1er

TUTELLE TESTAMENTAIRE

« Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto », disaient les XII Tables[1]. C'est la consécration du droit du *paterfamilias* de nommer, par son testament, un tuteur à ses descendants impubères.

Or, quelle est la raison de cette faculté? Evidemment c'est la puissance paternelle, qui se survit pour ainsi dire à elle-même jusqu'à la puberté de l'enfant orphelin. De même que le droit de propriété donne au propriétaire la faculté de disposer de ses biens pour le temps qui suivra sa mort; de même le pouvoir absolu du père de famille sur ses enfants justifie le choix qu'il fait du continuateur de son autorité[2].

Le testateur nommera donc un tuteur à ceux de ses descendants que sa mort va rendre *sui juris*; c'est-à-dire à ceux qui se trouveront à ce moment sous sa puissance immédiate. Mais le testament est fait peut-être depuis longtemps; nombre d'en-

1. Ulp., XI, § 14.

2. Le droit de nommer un tuteur par testament ne saurait donc appartenir à ceux qui ne jouissent pas de la puissance paternelle, la mère, l'ascendant maternel, le père d'enfants nés *ex concubinatu*.

Digitized by Google

fants ont depuis acquis cette situation, et l'on n'a pu songer à eux ; d'autres ne sont encore que conçus le jour de la mort du père de famille. Les premiers sont les quasi-posthumes ou posthumes Velléiens, les seconds sont les pothumes proprements dits ; la loi Junia Velleia vint au secours de tous ces enfants en permettant au testateur de leur nommer un tuteur, d'avance et par des formules générales [1].

Une dernière remarque : c'est un principe que l'on ne peut décéder *partim testatus*, *partim intestatus* ; cette règle *s'applique* aussi bien aux dispositions relatives à la tutelle qu'à celles qui concernent la transmission de l'hérédité, aussi la nomination du tuteur ne peut-elle pas être restreinte à l'administration de tels ou tels biens [2]. Ce tuteur est nommé à l'universalité du patrimoine du pupille, c'est une condition indispensable à la bonne administration. Ce n'est qu'exceptionnellement, quand la gestion se trouverait rendue trop difficile, par suite, par exemple, de l'éloignement de certains domaines, qu'on pourra nommer un tuteur spécial pour ces biens particuliers [3].

Cependant le testateur peut nommer plusieurs tuteurs à la fois à l'enfant : dans ce cas un seul

1. L. 1, § 1 ; L. 10, § 2, D., XXVI, 2.
2. L. 12, D., XXVI, 2 ; Inst., I, 14, § 4 ; I, 25, § 17.
3. L. 12, 13, 15, D., XXVI, 2 ; L. 27, pr., D., XXVI, 5. Ce dernier texte autorise la même exception dans le cas d'une tutelle dative.

Digitized by Google

d'entre eux est chargé de l'administration, et tous sont responsables de sa gestion.

Enfin le tuteur testamentaire ne put primitivement être nommé que par testament, alors que cet acte était le seul moyen légal de manifester ses dernières volontés ; mais sous l'empire, alors que les codicilles confirmés furent autorisés, cette nomination put se faire par ces codicilles [1].

§ 2

TUTELLES LÉGITIMES ; TUTELLES FIDUCIAIRES

Les tuteurs légitimes (*lex*) sont ceux que la loi des XII Tables a désignés elle-même, ou ceux qui d'après son esprit ont été assimilés aux premiers [2]. Leur vocation reposant uniquement sur leur qualité, ils n'étaient appelés qu'à défaut de tuteurs testamentaires ; on comprend en effet que la capacité de ces derniers se trouvant attestée par l'affection du père de famille qui les avait choisis, ils étaient préférés à tous autres [3].

On distingue plusieurs tutelles légitimes :

A. *Tutelle légitime des agnats.* — Elle est déférée à l'héritier présomptif, *ubi emolumentum* : d'où il

1. L. 3, pr., D., XXVI, 2.
2. Ulp., *Reg.*, 11, § 3.
3. Gaius, I, § 155.

Digitized by Google

suit qu'elle appartient au plus proche agnat du pupille ; que si plusieurs agnats se trouvent au même degré, ils sont tous en même temps tuteurs [1]; que si un tuteur vient à perdre son agnation, son droit à la tutelle passe à ceux auxquels la succession est maintenant dévolue [2]. Mais si l'agnat vient à s'excuser ou à être destitué, comme il conserve l'espoir de la succession, la tutelle n'est pas dévolue au degré subséquent, il n'y aurait plus en effet corrélation [3]. Cependant la concordance cesse au cas où le plus proche agnat est une femme : celle-ci en effet est appelée à la succession, mais elle ne saurait être tutrice, car la tutelle est *officium virile* [4]; cette charge appartiendra donc aux parents mâles du degré subséquent.

Il paraît certain qu'à défaut d'agnats la tutelle légitime était déférée aux *gentiles* [5].

Après Justinien, l'agnation fit place à la cognation ; les droits qui appartenaient précédemment aux agnats appartinrent aux cognats.

Examinons maintenant dans quels cas s'ouvre la

1. L. 8, D., XXVI, 4.
2. L. 3, § 9, D., XXVI, 4.
3. L. 3, § 8, D., XXVI, 4.
4. L. 16, D., XXVI, 1. — Par exception, les femmes purent être quelquefois tutrices, ce qui arrivait quand le prince accordait à une mère la tutelle de ses enfants (L. 18, *ibid.*) Par sa Nov. 118, Justinien remit la tutelle à la mère et à l'aïeule dans les cas où il les appelait à la succession.
5. Gaius, III, § 17.

Digitized by Google

tutelle légitime des agnats. Un principe facilite cette recherche : cette tutelle, livrée au hasard, sans que rien garantisse l'aptitude de celui qui en est investi, est suspecte, donc elle sera écartée tant qu'on aura le droit d'espérer un tuteur testamentaire, c'est seulement lorsque cette espérance n'existera plus qu'on appellera le tuteur légitime[1]. Ainsi celui-ci pourra se présenter : 1° Quand le testament du père de famille n'aura pas désigné de tuteur, ou que ce testament ne sera pas valable ; 2° quand, soit du vivant du testateur, soit après sa mort, tous ceux qu'il aura institués seront décédés ou auront subi l'une des deux grandes *deminutiones capitis*[2] ; 3° quand le terme opposé à la gestion sera expiré (*dies ad quem*), ou que la condition qui devait y mettre fin sera réalisée (*ad conditionem*) ; 4° quand la nomination aura été faite sous condition et que la condition sera défaillie (*sub* ou *ex conditione*) : dans tous ces cas en effet il est impossible d'espérer un tuteur testamentaire.

En sens inverse, les agnats sont exclus dans les hypothèses suivantes :

1° Si l'institution a été faite *ex die* ou *sub conditione*, tant que ce terme n'est pas expiré ou que cette condition n'est pas réalisée : dans ces cas, en

1. L. 11, pr., D., XXVI, 2.
2. L. 11, § 4, *ibid.*

Digitized by Google

effet, il y a un tuteur testamentaire désigné, son entrée en fonctions est seulement retardée [1]; 2° tant que l'héritier institué n'a pas pris parti et n'a pas fait *aditio*, le testament est sans effet, le tuteur testamentaire par suite ne peut gérer, mais il fait obstacle à la tutelle légitime; 3° il en est de même s'il est fou ou captif [2]. Dans tous ces cas, en effet, on peut espérer un tuteur testamentaire, cela suffit pour faire écarter la tutelle des agnats [3].

B. *Tutelle légitime du patron et de ses descendants.* — Un esclave pouvait être affranchi avant sa puberté, il lui fallait alors un tuteur; or, la tutelle précédente ne lui pouvait être appliquée, car il commence une famille nouvelle et n'a pas d'agnats. Mais on l'avait rattaché à l'affranchissant à qui il devait, avec sa liberté, sa vie civile. Cette sujétion se manifestait par des devoirs, des services, *officia, operæ;* s'il décédait *ab intestat*, c'était à son patron ou aux descendants de celui-ci que les XII Tables avaient attribué sa succession [4]. Mais, cette loi ne lui avait pas désigné de tuteur. Les pru-

1. Inst., I, 20, § 1.
2. Inst., I, 20, § 2.
3. Si tous les tuteurs nommés se sont excusés ou ont été destitués, il semble que, dans l'impossibilité d'avoir un tuteur testamentaire, on eût dû appeler le tuteur légitime : le Sénat décida cependant qu'il serait nommé un tuteur atilien (Gaius, I, § 182), ce qui s'explique par le peu de faveur que rencontrait la tutelle des agnats, déférée en l'absence de toute garantie de capacité.
4. Gaius, III, § 58.

Digitized by Google

dents appliquèrent la maxime *ubi emolumentum*, et en conséquence, la charge de la tutelle fut réunie au droit à l'hérédité. La tutelle du patron fut appelée légitime, parce qu'elle était conforme à l'esprit sinon à la lettre de la loi des XII Tables [1].

Du reste, la maxime précédente devra toujours se combiner avec cette autre, qu'un homme peut seul être tuteur : si donc c'est une femme qui a affranchi, elle succédera bien à l'impubère, mais elle ne sera pas sa tutrice ; ainsi, encore si le patron décède laissant une fille et un fils *ex filio*, celui-ci sera appelé à la tutelle, celle-là à l'hérédité [2].

C. *Tutelle légitime de l'ascendant émancipateur.*— Voilà encore une tutelle qui n'est légitime que si l'on se réfère à l'esprit de la loi des XII Tables ; en effet, celle-ci n'avait pas prévu l'émancipation et ne pouvait par suite prévoir la tutelle de l'émancipateur.

Or, on sait que cet acte s'accomplissait par des ventes successives, qui faisaient tomber l'enfant *in mancipio*, puis, par un affranchissement pour le libérer du *mancipium:* sa tutelle comme sa succession appartenaient dès lors à l'affranchissant et aux descendants de celui-ci. Lorsque les progrès

1. Ulp., *Reg.*, 11, § 3.
2. L. 1, § 1, D., XXVI, 4.

Digitized by Google

du droit eurent introduit une clause de fiducie, en vertu de laquelle le père de famille émancipateur se réservait le moyen de conférer lui-même l'affranchissement, ce fut lui qui devint le tuteur légitime.

Toutefois, ce titre de légitime ne fut pas accordé tout d'abord à ces tuteurs; les ventes, en effet, n'étaient pas sérieuses : aussi se référant au pacte de fiducie qui intervenait toujours dans l'acte, soit que le *paterfamilias* fît prendre au tiers l'engagement d'affranchir l'enfant, soit qu'il l'obligeât à le lui rémanciper à lui-même, les prudents[1] n'appelèrent-ils ces tuteurs que tuteurs fiduciaires.

Dans la suite, l'affranchissement final fut toujours réputé fait par le père de famille lui-même, en conséquence le *manumissor* étranger disparut, les tutelles fiduciaires de celui-ci et de ses descendants disparurent du même coup. Alors on décida que le *paterfamilias*, auteur de l'affranchissement, serait qualifié de légitime ; sa qualité d'ascendant lui méritait cet honneur, conforme d'ailleurs à l'esprit de la loi. Mais il faut bien remarquer que l'on n'agissait ainsi que par déférence envers un père ou un aïeul, que d'ailleurs l'on ne devait pas moins bien traiter que le patron d'un affranchi, *non minus huic quam patronis honor præstandus est*[2].

1. Ulp., *Reg.*, 11, § 5; — Gaius, I, § 166 et 195.
2. Gaius, I, § 172.

Digitized by Google

D. *Tutelle fiduciaire.* — Restaient encore les descendants du *paterfamilias* émancipateur, appelés après la mort de celui-ci à la tutelle comme à la succession de l'impubère émancipé. Les qualifierait-on de légitimes? l'honneur attribué à leur ascendant leur serait-il également conféré? Non, ils continuèrent à ne porter que le titre de tuteurs fiduciaires [1].

§ 3

TUTELLE DATIVE

Les Douze-Tables avaient confié la tutelle aux agnats en l'absence d'un tuteur testamentaire, mais il se pouvait qu'un impubère n'eût pas d'agnats

1. Gaius, I, § 175; — Justinien (Inst., I, 19, l. 1) se fait cette objection : lorsque le patron, tuteur légitime, meurt, ses enfants deviennent tuteurs légitimes; pourquoi, lorsque le père émancipateur, tuteur légitime, vient à mourir, ses enfants ne sont-ils que des tuteurs fiduciaires? C'est, dit-il, que le patron transmet la tutelle légitime comme il aurait transmis la puissance dominicale, à défaut d'affranchissement; tandis qu'à défaut d'émancipation l'ascendant n'aurait pas pu transmettre la puissance paternelle sur celui dont il transmet la tutelle. Cette dernière affirmation se trouvera souvent vérifiée par les faits, dans des espèces non moins nombreuses elle sera fausse : l'explication est donc inacceptable. Au reste, Justinien ne s'est pas rendu un compte exact de la situation.

L'étranger qui a acquis par une vente réelle un enfant *in mancipio* et l'affranchit dans la suite, en devient le patron et, par suite, le tuteur légitime. Mais si la vente, devant conduire à une émancipation, n'était que fictive, il ne devenait, nous l'avons dit, qu'un tuteur fiduciaire. Il en était de même de ses descendants. Dès lors, ce qu'il faut se demander, c'est pourquoi le père de famille *manumissor* était seul appelé tuteur légitime : la raison, nous l'avons indiquée ci-dessus.

Digitized by Google

connus, ou que ses agnats refusassent sa tutelle en faisant agréer une excuse, ou même qu'ils en fussent déclarés indignes. Les lois Atilia, et Julia et Titia, la première applicable à Rome, la seconde dans les provinces, remédièrent à cette situation [1]. L'enfant ainsi abandonné reçut désormais un tuteur dont la nomination fut confiée, à Rome, au Conseil des Tribuns présidé par le préteur urbain et se décidant à la majorité [2], dans les provinces aux Présidents. Dans la suite, ce pouvoir passa aux mains de divers magistrats [3]; Justinien adopta l'usage qui de son temps l'attribuait, à Rome, au préfet de la ville et au Préteur spécial qu'on appelait *Prætor tutelaris* [4], chacun selon sa juridiction. Mais en ce qui concerne la province, il établit une règle nouvelle : la fortune du pupille est-elle supérieure à 500 solides, le Président lui-même nommera le tuteur ; la fortune est-elle inférieure, ce seront les défenseurs des cités ou les magistrats du lieu [5] ;

1. La loi Julia et Titia paraît avoir été rendue sous Octave (*Julius* Cæsar Octavianus); on place la loi Atilia entre les deux dates, très-éloignées d'ailleurs, de 387 et 557 de la Fond. de Rome.

2. L'avis adopté par la majorité des Tribuns devait en outre être celui du Préteur urbain.

3. Ce furent les Consuls, depuis Claude, qui les obligea à faire une enquête sur la capacité et la fortune de celui qu'ils allaient nommer. (SUÉTONE.)

4. Magistrat institué par Marc-Aurèle.

5. Depuis longtemps les Présidents, que l'étendue de leur territoire empêchait de se prononcer en connaissance de cause, remettaient à ces magistrats inférieurs le soin de nommer les tuteurs quand les pupilles avaient peu de fortune.

Digitized by Google

ceux-ci procédaient à la nomination sans recourir à une enquête, mais ils obligeaient le tuteur à fournir une caution ; les Présidents, au contraire, nommaient après enquête, mais dispensaient de la caution.

A l'origine, ces tuteurs datifs n'avaient été institués que pour suppléer à l'absence absolue de tuteurs testamentaires ou légitimes. Dans la suite, le Sénat en étendit la nomination à tous les cas où l'on pouvait espérer l'entrée en fonctions d'un tuteur testamentaire [1], c'est-à-dire lorsque celui-ci était nommé sous une condition ou sous un terme suspensifs, lorsque l'héritier institué n'avait pas encore pris parti, lorsque le tuteur institué était captif [2]. Il en fut de même quand l'un ou plusieurs des tuteurs testamentaires étaient décédés, ou avaient perdu leur qualité de citoyen, on remplaçait alors ceux qui avaient disparu [3]; quand l'un ou plusieurs des tuteurs testamentaires s'étaient excusés ou avaient été destitués [4].

En résumé, on nomme un tuteur atilien :

1° Quand il n'y a ni tuteur testamentaire, ni tuteur légitime ;

1. Inst., I, 20, § 1 et 2.
2. A son retour de captivité, le tuteur reprenait la tutelle *jure postliminii*.
3. L. 11, § 4, D., XXVI, 2.
4. Ulp., XI, 23 ; — Gaius, I, 182.

Digitized by Google

2° Quand la tutelle testamentaire est suspendue ou interrompue ;

3° Quand le tuteur testamentaire ou légitime s'excuse ou est destitué.

Lorsque le père de famille avait nommé un tuteur testamentaire sans employer les formes exigées par la loi, ou bien encore lorsque le testateur n'avait pas le droit de faire cette nomination, par exemple s'il s'agit d'un père *ex concubinatu*, d'une mère, d'un patron, d'un *peregrinus* ; dans toutes ces hypothèses, la nomination était nulle, le tuteur légitime pouvait se présenter. Mais celui-ci était suspect aux yeux du législateur, aussi admit-on que l'affection présumée du testateur devait garantir la capacité du tuteur désigné en même temps qu'elle était la preuve de sa défiance vis-à-vis de ses agnats. On décida, en conséquence, que si la nullité ne résultait que d'un vice de forme du testament, le magistrat nommerait un tuteur atilien, en se bornant à confirmer la désignation du testateur ; que dans tous les autres cas, il devrait faire précéder sa confirmation d'une enquête [1].

1. L. 1, § 2; 2; 4; 7, pr.; 8, D., XXVI, 3.

Digitized by Google

SECTION III

Garanties exigées des tuteurs

Afin que la tutelle ne fût pas, pour l'enfant, une protection illusoire, on comprend que certaines garanties devaient être exigées du tuteur : sa capacité, sa moralité, sa solvabilité devaient être assurées par la loi.

A. *Incapacités.* — Il y a des personnes incapables d'être investies d'une tutelle. Il faut citer tout d'abord les femmes : *tutela est officium virile*[1]. Cependant Justinien autorisa les mères naturelles à demander, en l'absence de tuteurs testamentaires, la tutelle de leurs enfants nés *ex concubinatu*[2] ; plus tard, le même droit fut concédé aux mères et aïeules légitimes[3]. Mais elles devaient s'engager à ne pas se remarier.

L'incapacité frappait encore les pérégrins, car la tutelle est une institution du droit civil, *jure civili data ac permissa ;* les esclaves, mais on pouvait les instituer pour le temps où ils seraient affranchis ;

1. L. 16, 18, D., XXVI, 1.
2. L. 3, C., V, 35.
3. Elles n'avaient pas besoin de s'adresser au prince, elles puisaient leur droit dans la législation même. (Nov. 118, ch. 5.)

Digitized by Google

les fous et les mineurs de 25 ans[1], mais ils prenaient la tutelle quand ils devenaient sains d'esprit ou majeurs[2]; les sourds et les muets, parce qu'ils ne sauraient contracter[3].

B. *Causes d'exclusion ou de destitution.* — Certaines circonstances faisaient exclure les personnes appelées à la tutelle en les rendant indignes et suspectes. Ces causes étaient invoquées au début de la tutelle ou après l'entrée en gestion du tuteur; dans le premier cas, on disait que ce tuteur était exclu; dans le second, qu'il était destitué. Dans les deux hypothèses, le *crimen suspecti* se fondait sur les mêmes motifs.

Le tuteur *suspectus* est celui qui n'a pas de bonnes mœurs ou celui qui ne gère pas fidèlement. L'on peut donc être suspect même avant d'entrer en fonctions, si, dans une tutelle précédente, on a commis des fraudes ou des fautes graves, si l'on passe pour avoir de mauvaises mœurs ou manquer de probité, si l'on s'obstine à ne pas commencer la gestion à laquelle on a été appelé, si l'on ne déclare pas tout d'abord, ainsi que l'ordonne Justinien, les dettes ou les créances que l'on peut avoir vis-à-vis du pupille. Dans la suite, on fera destituer celui dont les mœurs, l'infidélité ou la négligence seront

1. Avant Justinien la minorité de 25 ans n'était qu'une excuse.
2. Inst., I, 14, § 1 et 2, et 25, § 13.
3. L. 1, § 2 et 3, D., XXVI, 1.

Digitized by Google

dénoncées. Les Institutes citent l'exemple du tuteur qui ne se présente pas devant le Préteur pour faire arbitrer les dépenses d'entretien du pupille[1].

Cette poursuite autorisée par la loi des XII Tables est une *actio publica*, c'est-à-dire une action ouverte à tout citoyen; le demandeur n'a pas d'intérêt à alléguer, l'utilité de l'impubère est un motif suffisant. Les femmes, proches parentes du pupille, peuvent même se porter accusatrices, pourvu qu'elles soient mues par un sentiment d'affection et qu'elles ne sortent pas de la réserve qui convient à leur sexe. Si le tuteur suspect a été écarté pour dol, la destitution entraînera la peine de l'infamie ; il pourra même quelquefois être renvoyé devant le Préfet de la ville pour être puni. Dans tous les cas, il est remplacé par un tuteur datif[2].

C. *Garanties matérielles.* — Nous rattachons à cette matière certaines garanties matérielles, certaines sûretés que devait fournir le tuteur et qui étaient destinées à assurer la fidélité de sa gestion ou l'efficacité du recours du pupille. Nous relevons ainsi les obligations ou charges suivantes :

1. Inst., I, 26, § 5, 9, 12; L. 3 et 5, C., V, 43.

2. A côté des incapacités et des destitutions, les textes placent les *excuses* ; ces dernières, imaginées dans *l'intérêt du tuteur*, qui seul pouvait les proposer, semblent étrangères à notre étude. Il convient cependant de remarquer qu'elles n'étaient pas sans utilité pour le pupille, puisqu'elles avaient toutes pour cause la difficulté que ce tuteur aurait éprouvée à bien gérer.

Digitized by Google

1° Justinien voulut qu'avant tout acte d'administration le tuteur déclarât sous serment, s'il était créancier ou débiteur du pupille; en cas d'affirmative, il était exclu, de peur, disait l'empereur, que l'enfant ne trouvât un ennemi dans son protecteur légal. Si le tuteur manquait de faire cette déclaration, il en était puni, créancier, par la perte de sa créance, débiteur, par un châtiment corporel. Mais, si l'une de ces qualités ne survenait en sa personne que postérieurement à son entrée en fonctions, cet événement ne donnait lieu qu'à la nomination d'un co-tuteur [1].

2° Justinien imposa à celui qui allait être tuteur un second serment, celui d'administrer les biens du pupille en bon père de famille, afin, dit l'empereur, que, pendant tout le cours de sa vie ses scrupules soient toujours tenus en éveil par le souvenir d'un acte aussi grave [2].

3° Le tuteur dut de tout temps faire précéder sa gestion d'un fidèle inventaire (*inventarium*) des biens meubles du pupille, fait en la forme authentique (*solenniter*) en présence *personæ publicæ* [3], à moins cependant que le testateur, en le nommant, ne l'en ait formellement dispensé [4]. L'utilité de l'inventaire est évidente. La sanction de cette pres-

1. Nov. 72, ch. 2, 3, 4.
2. *Ibid.*, ch. 8.
3. L. 24, C., V, 37.
4. L. 13, § 1, C., V, 51.

Digitized by Google

cription est indiquée par un texte du Code qui permet, lors du compte de tutelle, de déférer le serment au pupille pour estimer, en l'absence d'un inventaire, la valeur de son mobilier [1].

4° Sous l'empire, on accorda au pupille un privilége sur les biens de son tuteur, afin d'assurer le remboursement des sommes dont celui-ci pourrait se trouver son débiteur [2]. On sait, du reste, qu'à Rome, le privilége, loin d'avoir l'efficacité qu'il possède chez nous, était un simple droit de préférence opposable seulement aux créanciers chirographaires [3]. Mais Constantin remplaça ce privilége par une hypothèque légale tacite qui prenait rang du jour de l'ouverture de la tutelle. Cette hypothèque était générale, et l'on sait que l'hypothèque romaine frappait aussi bien les meubles que les immeubles. De telle sorte que depuis cette époque tout le patrimoine du tuteur fut la garantie du pupille et que celui-ci ne subit la priorité que des créanciers hypothécaires antérieurs à la tutelle [4].

5° Quelques sûretés que l'on exige, elles n'empêcheront pas le recours du pupille d'être illusoire, si le tuteur est insolvable. On supprima ce danger en obligeant celui-ci à prendre l'engagement *rem*

1. L. 7, pr., D., XXVI, 7.
2. L. 22 et 25, D., XXVII, 3 ; L. 19 et 22, D., XLII, 5.
3. L. 9, C., VIII, 18.
4. L. un., § 1, C., V, 13 ; L. 20, C., V, 37.

Digitized by Google

salvam fore pupilli, et à fournir une caution qui garantît cette promesse. Quand la caution proposée avait été agréée par le magistrat, elle s'engageait envers l'impubère au moyen d'une stipulation. Si ce dernier était absent, ou ne pouvait parler, il était remplacé par un de ses esclaves ou par un esclave public [1].

Les tuteurs testamentaires étaient dispensés de fournir caution [2]; on estimait, en effet, que l'affection du père de famille garantissait suffisamment la fidélité et la vigilance de celui qu'il avait choisi [3]. Les tuteurs nommés sur enquête n'étaient pas non plus obligés de présenter une caution; le patron, et nous ajouterons par à *fortiori* le père émancipateur, pouvaient en être dispensés par le magistrat [4]. Celui-ci, du reste, était responsable vis-à-vis de l'enfant, de l'insolvabilité de la caution [5], car il devait veiller non-seulement à ce qu'elle fût fournie, mais aussi à ce qu'elle fût capable de tenir ses engagements. C'est pourquoi, si le tuteur

1. Ulpien nous apprend que, dans la suite, on supprima ces stipulations et que l'on se contenta d'inscrire les noms des cautions en leur présence sur les actes publics (L. 4, § 3, D., XXVII, 7).

2. Il en était de même du tuteur confirmé (L. 3, D., XXVI, 3).

3. Cependant, si le testateur avait désigné plusieurs tuteurs, celui qui offrait une caution pouvait, par ce moyen, écarter ses rivaux.

4. L. 5, § 1, D., XXVI, 4.

5. Inst., I, 24.—L'action subsidiaire était donnée même contre les héritiers du magistrat, si l'on pouvait invoquer une faute grave de celui-ci (L. 6, D., XXVII, 8).

Digitized by Google

refusait de présenter une caution, on l'y contraignait en saisissant ses biens.

Lorsqu'il a fourni toutes les garanties qu'on réclame de lui, le tuteur peut se mettre en possession des biens du pupille et les administrer ; il doit même le faire le plus tôt possible, car il est responsable du préjudice qui pourrait résulter de ses retards [1].

CHAPITRE II

ADMINISTRATION DE LA TUTELLE

SECTION 1re

Division des âges de l'impubère ; sa capacité

Si l'on veut se rendre un compte exact de la condition juridique du pupille romain, étudier sa capacité civile et rechercher les causes qui tantôt augmentaient et tantôt restreignaient les attributions du tuteur, il importe de connaître d'abord comment la législation avait divisé les années qui précèdent le développement complet des facultés physiques ou intellectuelles de l'homme.

« Le droit romain, dit Ortolan, dans sa rudesse et dans son matérialisme primitifs, s'était attaché pour l'appréciation de ce développement de l'homme à deux phénomènes de sa vie physique :

1. L. 1, § 1, D., XXVI, 7 ; L. 20, C., V, 37.

Digitized by Google

la parole et la puissance génératrice. La parole, parce que les actes du droit quiritaire s'accomplissaient à l'aide de formules consacrées, de termes sacramentels que les parties devaient prononcer elles-mêmes ; celui qui ne parle pas est matérialement incapable de pareils actes et personne ne pouvait les faire pour lui. La puissance génératrice, parce qu'elle est la condition essentielle du mariage » ou plutôt parce qu'elle clôt la durée du développement physique et met fin à l'enfance.

A. — Ainsi le temps qui s'écoule jusqu'à la puberté est divisé en deux périodes: suivant que l'individu peut ou ne peut pas parler. *L'infans, qui* FARI *non potest*, est absolument incapable d'accomplir aucun acte. Car, soit qu'il contracte (*stipulatio*, *mancipatio*) soit qu'il plaide (*legis actiones*) il faut qu'il parle, qu'il prononce des formules [1]. L'on ne fera rien, l'on attendra ; ou bien on suppléera à cette impossibilité, on recourra par exemple à un esclave du pupille qui acquerra pour son maître, en les prononçant lui-même, le bénéfice des paroles sacramentelles : ou bien on investira le tuteur d'un pouvoir absolu, et on lui permettra dans les cas où ce sera possible d'agir au lieu et place du pupille, mais en son propre nom.

1. L. 70, D., XLV, 1; L. 141, § 2, D., XLV, 2.

Digitized by Google

La limite de cette première période, attachée à un phénomène physique, est indéterminée ; elle se place dans le cours de la seconde année de l'enfant. La période suivante se termine à une époque également indéterminée : les jurisconsultes la fixèrent cependant d'une manière uniforme à douze ans pour les femmes ; après quelques controverses, l'âge de quatorze ans fut adopté pour les hommes.

Quelle est, pendant cette seconde période, la capacité de l'impubère ? L'obstacle matériel a disparu, les paroles consacrées peuvent être prononcées, l'enfant est désormais capable d'exécuter les actes de la vie civile. Mais s'il est un agent capable, il est un agent inconscient ; les conventions dont il a pu accomplir les formes, il n'a pu encore leur assurer leur validité juridique, car sa personne civile est encore incomplète, il n'est pas pubère. Dès lors, un tuteur s'adjoindra à lui, en complétant, en augmentant sa personnalité (*auctoritatem præbere*) : l'enfant prononcera les paroles solennelles, mais le tuteur participera à la formation de l'acte pour en garantir la validité [1].

B. — Tel dut être le droit primitif, l'étymologie même du mot *infans* en est la preuve. Mais cette expression perdit bientôt son sens exact et l'*infantia* comprit non plus seulement l'être qui ne pouvait

1. Gaius, III, § 108 ; Inst., III, 19, § 10 ; L. 5, D., L, 17.

Digitized by Google

pas encore parler, mais à celui qui n'avait pas encore accompli sa septième année ; on prolongea cette première période, l'*infantia*, et les mots *infans* et mineur de sept ans devinrent synonymes[1]. Les jurisconsultes, en effet, s'efforcèrent de substituer aux considérations physiques du droit ancien des considérations morales. Or, c'est seulement vers cet âge que la raison s'éveille, que les notions de l'intérêt, du bien et du mal apparaissent. Jusque-là l'enfant n'éprouve que des sensations, maintenant il a *aliquid intellectum*.

Que si l'on demande pourquoi la jurisprudence adopta pour limite l'âge de sept ans, il faut répondre qu'on dut se référer à une théorie des anciens philosophes d'après laquelle le corps et les facultés intellectuelles de l'homme se renouvelleraient de sept en sept ans.

Jusqu'à cet âge, donc, l'individu *infans* ne put rien faire; au-delà, l'assistance de son tuteur pouvait lui permettre de paraître dans les actes civils.

C. — Les jurisconsultes allèrent plus loin. Reconnaissant que, même au-delà de la septième année, le discernement de l'enfant était rarement

1. L. 1, § 2, D., XXVI, 7 ; L. 18, pr., C., VI, 30, « Si infanti, id est minori septem annis... » ; L. 14, D., XXIII, 1 ;— Leon., Nov., 109.
La langue usuelle adopta même cette transformation des mots *infans, infantia :* Varron, *de Ling. lat.*, V, 17 ; — Juv., *Sat.*, XIV, 10 ;— Quintil., I, ch. 1, n° 4 ;— Macrobe, *Songe de Scipion*, I, 6 ; — Isidore de Séville, *Orig.*, XI, 2.

Digitized by Google

éveillé, ils divisèrent la période qui le sépare encore de la puberté en deux parties [1] : dans la première, il est *infantiæ proximus*, il ne diffère guère d'un *infans*, on peut dire encore que *non multum a furioso distat*, il continuera à rester incapable ; dans la seconde, il est *pubertati proximus*, alors son intelligence commence à se développer, et s'il n'a pas encore atteint l'*animi judicium*, il possède déjà *aliquid intellectum*, c'est alors seulement qu'il peut vraiment paraître dans les actes civils. Quant au point d'intersection de ces deux âges, il est indéterminé et varie suivant l'état intellectuel de chaque individu, il se place vers l'âge de neuf ou dix ans [2].

Mais cette division eut un grave inconvénient.

Quel en était en effet le résultat ? Prolonger encore de quelques années l'incapacité absolue de

1. Gaius, III, § 109 ; Inst., III, 19, § 10.

2. D'après le jurisconsulte Théophile, l'*infantia* ne fut pas prorogée jusqu'à l'accomplissement de la septième année, mais elle s'arrêta vers l'âge de deux ou trois ans, l'*infans* aurait été l'enfant à la mamelle ; puis l'impubère devenait *infanti proximus* et portait ce nom jusque vers sa septième ou huitième année ; enfin, depuis cet âge jusqu'à la puberté, il était *pubertati proximus*. « Pupillorum enim alii sunt infantes veluti qui adhuc lactant, aut his paulo majores ; alii dicuntur proximi infanti, ut qui recte loqui incipiunt ; alii sunt pubertati proximi. Et infans quidem stipulari non potest, propterea quod ne loqui quidem possit. Neque is etiam qui proximus infanti est : qualis fuerit qui septimum aut octavum annum agit. Hic enim quamvis verba proferre possit, id tamen dijudicare non potest quod sibi velint ea quæ dicuntur. » (Inst., III, 9, § 10.) Ce système est en pleine contradiction avec les textes adoptés par Justinien et insérés dans ses recueils. (L. 1, § 2, D., XXVI, 7 ; et L. 18, pr., C., VI, 30.)

Digitized by Google

l'*infans*. Or il y a certains actes, très-avantageux au pupille, tels que l'acceptation d'une hérédité, dont l'accomplissement exigeait sa propre intervention : de telle sorte que c'était en retarder, à son grand détriment, l'exécution. Aussi, admit-on bientôt que le *proximus infantiæ* aurait la capacité du *pubertati proximus*, toutes les fois qu'il s'agirait de procéder à un acte juridique, *civile*, et qu'il ne continuerait à recevoir la protection de l'*infans* que dans les cas où sa responsabilité serait en jeu, par exemple lorsqu'il s'agirait de ses délits. En d'autres termes, cette nouvelle jurisprudence revint à supprimer la subdivision de l'âge en *infantiæ* et *pubertati proximus*, toutes les fois que la suppression en était utile à l'impubère, *propter utilitatem* [1], et à ne la laisser subsister que lorsqu'elle lui était utile, spécialement en matière pénale.

D. — Nous sommes arrivés à la puberté : au point de vue physique comme au point de vue moral, l'homme a atteint sa maturité, la tutelle cesse [2]. Or, jusqu'à cette époque, nous avons dis-

1. Inst., III, 19, § 10; IV, 1, § 18; L. 6, D., XLVI, 6.

2. Cependant on reconnut que même alors le développement intellectuel n'est pas encore assez complet pour que le jeune homme puisse sans danger administrer seul ses biens. Aussi, dès le VIe siècle de la Fondation de Rome, la loi Pletoria organisa-t-elle pour les mineurs de 25 ans un système de protections qui les défendit contre leur inexpérience, et, par exemple, elle les autorisa

Digitized by Google

tingué chez le pupille deux conditions juridiques différentes :

1° Il est *infans*, il ne sait pas encore parler, ou s'il parle il ne saurait comprendre la portée de ses actes ni le sens des formules qu'il récite : il ne peut rien faire, son tuteur doit par suite agir en son lieu et place ;

2° S'il peut parler, et s'il n'en aperçoit pas encore toutes les conséquences, il comprend au moins la valeur de ses actions : il peut donc agir lui-même, pourvu que son tuteur intervienne et complète sa personne civile.

On voit, dès lors, que le tuteur dut avoir un rôle différent suivant l'âge et le développement des facultés de son pupille, suivant aussi la nature de l'acte à accomplir. Ce sont ces doubles fonctions qu'il convient maintenant d'exposer ; indiquons d'abord quels étaient les devoirs du tuteur.

à demander un curateur semblable à celui que la loi des Douze-Tables avait institué en faveur des fous. Le préteur leur accorda aussi le bénéfice de l'*in integrum restitutio*, action dont il sera ultérieurement traité. Mais à la différence du pupille qui subissait nécessairement l'autorité d'un tuteur, le mineur de 25 ans ne pouvait recevoir un curateur que s'il en demandait la nomination. (Inst., I, 23, § 2 ; L. 13, § 2, D., XXVI, 5 ; L. 43, § 3, D., III, 3.) Quant aux femmes, la puberté ne changeait pas leur condition, elles restaient toute leur vie en tutelle : « Veteres voluerunt feminas, etiam si perfectæ ætatis sint, propter levitatem animi in tutela esse. » (Gaius, I, 144.)

Digitized by Google

SECTION II

Du Tuteur

§ 1er

LES DEVOIRS

Le tuteur est spécialement chargé d'administrer le patrimoine du pupille; mais, ce n'est pas à lui que sont confiés en principe l'éducation et la garde de sa personne. Aussi, un texte du Code déclare-t-il que c'est surtout à sa mère que l'enfant doit être confié [1]. Au reste, c'est le magistrat qui désignait la personne chargée de veiller à sa garde, à son entretien, à son éducation physique et morale, et le tuteur pouvait lui-même être choisi. L'enfant sera placé, dit Ulpien, chez la personne qui présentera pour la conservation de ses bonnes mœurs les meilleures garanties [2]. Le magistrat fixera les dépenses annuelles, il dira quels maîtres seront donnés à l'enfant, quelle éducation, quelle instruction lui seront fournies, et tout cela sera fixé proportionnellement à son rang et à sa fortune.

Cette décision était provoquée par les parents, les amis de l'impubère ou le tuteur lui-même, qui

1. L. 1, C., V, 49.
2. L. 5, D., XXVII, 2; L. 2, C., V, 49.

Digitized by Google

devait se présenter devant le Préteur, *ut alimenta decernantur*, pour faire arbitrer le genre et le montant des dépenses alimentaires. Si ce dernier manquait à cette obligation, il pouvait être écarté comme suspect ; et si la déclaration qu'il faisait au magistrat des biens du pupille n'était pas fidèle, il était en outre puni par le Préfet de la ville [1]. Ainsi, le tuteur n'était pas nécessairement chargé de la personne du pupille [2], il n'avait qu'à verser périodiquement les sommes allouées pour son entretien.

Il était d'ailleurs permis au testateur de choisir la personne à qui serait confié l'enfant, et le plus souvent le magistrat confirmait ce choix. Cette fonction, enfin, à la différence de la tutelle qui était une fonction publique, pouvait être refusée.

Le tuteur a donc la charge de l'administration :

1. Inst., I, 26, § 9 et 10.

2. Cette proposition n'est pas contraire à la règle, *Personæ tutor, non causæ vel rei datur* (Inst., I, 14, § 4, et L. 14, D., XXVI, 2). Cette règle, en effet, ne signifie pas que le tuteur est chargé de la direction de la personne du pupille et non pas seulement de l'administration de ses biens ; elle se réfère à la nature particulière de son pouvoir d'administrateur et indique qu'à la différence d'un curateur ou d'un gérant d'affaires, il a pour mission d'assister le pupille dans les actes civils en interposant son *auctoritas*. On verra plus loin, en effet, que le tuteur n'est pas tant chargé de gérer que de compléter la *personne* juridique de l'impubère.

On pourrait encore objecter le texte de Paul : *Non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli tutor præponitur* (L. 12, § 3, D., XXVI, 7). Mais, de ce principe, Paul ne tire que des conclusions relatives aux dépenses d'entretien, aux présents d'usage, qui seront réglés conformément à la condition du pupille. Or, il est manifeste que, dans ce texte, le mot *mores* ne signifie pas mœurs, mais train de maison.

Digitized by Google

quel but doit poursuivre son administration? Il a dû s'engager et une caution a dû s'engager avec lui à sauvegarder les intérêts du pupille, *rem salvam fore pupilli*. Justinien l'a en outre obligé à promettre, sous serment, de gérer en bon père de famille. Les conséquences de cette obligation sont innombrables. Citons-en quelques-unes.

Il doit, par exemple, faire vendre toutes les choses susceptibles de dépérir. Cependant, comme il peut se faire que cette mesure ne soit pas toujours conforme à l'intérêt bien entendu du pupille, Constantin décida que cette vente devrait être approuvée par le magistrat [1]. Il doit poursuivre le paiement de toutes les sommes dues au pupille; de même, il doit payer ses dettes exigibles. Il doit faire emploi de toutes les sommes qu'il a reçues au nom du pupille, et cela dans un délai de six ou de deux mois, suivant qu'il s'agit de sommes touchées au début de la tutelle ou de sommes touchées postérieurement. S'il négligeait cette prescription, il devrait lui-même les intérêts pendant tout le temps qu'aurait duré le retard [2]. Enfin, il doit pourvoir à l'entretien, à la conservation des immeubles du pupille, et leur faire produire des fruits.

En sens inverse, il doit s'abstenir de tous les

1. L. 22, C., V, 37.
2. L. 7, § 11; L. 15, D., XXVI, 7.

Digitized by Google

actes qui pourraient amoindrir le patrimoine confié à sa vigilance. C'est ainsi que les actes gratuits lui sont interdits ; il ne doit pas affranchir d'esclaves ; il ne peut pas faire de donations, à moins qu'il ne s'agisse des menus cadeaux d'usage, faibles libéralités qui se prennent sur les revenus. Les aliénations, même à titre onéreux, ne devront être faites que s'il y a un intérêt évident. C'est pour cette raison que Septime Sévère et Caracalla lui défendirent de vendre certains immeubles, *prædia urbana et suburbana,* sauf dans quelques hypothèses limitativement indiquées par leur sénatus-consulte. Quelle valeur plus solide, en effet, substituer à celles-là [1]? Et Constantin comprit, dans la même prohibition, les fonds urbains, ainsi qu'un certain nombre de meubles précieux [2]. De même, toute renonciation à un droit ou à une créance, toute constitution de gage ou de servitude ne devront être consenties qu'avec la plus grande circonspection.

En un mot, le tuteur apportera à sa gestion tous les soins qu'il apporterait à ses propres affaires ; toute faute, à plus forte raison toute fraude de sa part engagent sa responsabilité, *dolum et culpam præstat* [3].

1. L. 1, § 2, D., XXVII, 9.
2. L. 22, C., V, 37.
3. L. 1, pr., D., XXVII, 3.

Digitized by Google

Voyons maintenant comment il pourra s'acquitter de ses obligations.

§ 2

SES FONCTIONS. — DE L'AUCTORITAS

Deux voies sont ouvertes au tuteur : il agit seul, ou bien il fait agir le pupille en interposant son *auctoritas*, *negotia gerit et auctoritatem interponit*, dit Ulpien [1].

A. — *Negotia gerit*, lui seul figure dans l'acte, lui seul contracte avec le tiers. A-t-il traité même au nom du pupille? Non. D'après le droit de Rome, le gérant d'affaires, le mandataire, l'administrateur ne sont pas des intermédiaires ; ils n'ont pas le pouvoir d'engager celui au nom duquel ils agissent, la loi n'attribue pas le bénéfice de l'opération à la personne représentée, elle ne réunit pas le tiers contractant à la personne représentée en passant par dessus le représentant : le rôle du mandataire moderne est inconnu, un citoyen ne peut pas être représenté par un autre; le tuteur ne représente pas le pupille lorsque *negotia gerit*. C'est lui-même qui

1. Ulp., *Reg.*, XI, 25. Le même texte nous apprend que le tuteur perpétuel donné autrefois à la femme ne pouvait qu'interposer son *auctoritas*. Cette différence s'explique, la femme a toujours *aliquid intellectum, fari potest*; il n'en est pas de même de l'enfant, au moins dans la première période de l'impuberté.

Digitized by Google

achète, qui vend, c'est à lui seul que le tiers a vendu, acheté ; les actions *empti-venditi* seront données au tuteur contre le tiers, au tiers contre le tuteur. Mais, comme en agissant ainsi, celui-ci n'a contracté que dans l'intérêt du pupille, il pourra exercer un recours contre ce dernier. La législation, en effet, parvint à reporter les résultats de l'opération sur celui qu'elle concernait réellement, soit en lui accordant l'action *utilis* du contrat, soit en permettant au gérant de se faire indemniser par lui au moyen d'actions de compte réciproques.

B. *Auctoritatem interponit*. — Nous trouvons ici le caractère original du tuteur romain. *Auctoritatem præstare*, ce n'est pas autoriser. *Auctor* (*augere*), c'est celui qui complète, qui augmente, qui valide, qui garantit. Le vendeur est pour son acheteur un *auctor*, il lui garantit la paisible possession de la chose qu'il lui transmet et l'indemnisera de toute éviction, *auctoritas*, *id est actio pro evictione*[1]. Au témoignage des jurisconsultes se joint celui des poètes : « Jamais, s'écrie un personnage de Térence, je ne tenterai de me soustraire à la responsabilité de mes actes : « Nunquam defugiam auctoritatem[2] ! »

L'*auctoritas* est donc la garantie, la responsabilité de celui qui agit, ou qui ordonne. Lorsque le

1. L. 76, D., XXI, 2 ; — Adde L. 52, D., XIX, 1 ; L. 4, D., XXI, 2 ; — Paul, *Sent.*, II, 17, § 1.
2. Tér., *Eunuch.*, II. sc. 3, *in fine*.

Digitized by Google

tuteur romain *fit auctor*, *auctoritatem præstat* ou *interponit*, il n'intervient pas à la façon du tuteur moderne pour surveiller et permettre, ou à la façon du curateur *qui consensum dat*[1]. L'*auctoritas* ce n'est pas l'assentiment de celui qui autorise, c'est la participation de celui qui coopère. Si donc l'on suppose un pupille *qui fari potest*, mais dont l'intelligence n'est pas encore développée, il n'a pas encore la capacité du citoyen romain, seul il ne saurait agir; mais le tuteur intervenant complète par sa présence cette capacité, et leur réunion fait apparaître la personne civile que le droit exige pour les actes du *jus* quiritaire: s'il s'agit d'un contrat qui se forme *verbis*, le pupille prononcera les paroles de la stipulation, le tuteur prononcera celles par lesquelles il se porte coopérateur, créateur de l'acte avec le pupille, et l'acte civil sera ainsi valablement accompli. Il semble que le pupille récite les formules et que le tuteur les pense. Voilà pourquoi on dit que le tuteur est donné non pas aux biens ou à l'affaire, mais à la personne, *personæ*, *non rei vel causæ datur*.

Or, dans quelles formes le tuteur fournit-il son *auctoritas*[2]:

1. Rien ne montre mieux la différence des rôles du tuteur et du curateur que la rubrique même du titre 8, livre XXVI du Digeste : *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum*.

2. On voit maintenant que cette expression n'a pas d'équivalent dans notre langue.

Digitized by Google

1° Du but même de cette formalité résulte une première condition : il faut que l'acte soit accompli simultanément par le tuteur et le pupille et en présence de l'un et de l'autre. C'est ce que nous apprend un texte de Gaïus inséré au Digeste et conservé par Justinien dans les Institutes : « Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri : post tempus vero aut per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit[1]. » En effet, c'est en vain que le tuteur interviendrait postérieurement : si le pupille a agi seul, le contrat n'a pu se former, l'un des contractants étant incapable ; la coopération du tuteur ne peut compléter la personne juridique de l'enfant qu'au moment même où il se joint à lui, ce qui est fait auparavant n'existe pas ;

2° Il est incontestable que le tuteur donnait son *auctoritas* soit en prononçant une certaine formule, soit même primitivement au moyen d'une stipulation qui intervenait entre lui et le tiers contractant. En effet, un texte du Digeste déclare que le pupille n'a pas besoin de parler, il est obligé *etiamsi taceat*[2], par cela seul que le tuteur a interposé son *auctoritas*[3] ; par conséquent *auctoritatem interponere* c'est prononcer des paroles, car on ne comprend

1. L. 9, § 5, D., XXVI, 8 ; — Inst., I, 21, § 2.
2. La présence du pupille, en effet, n'était pas réclamée seulement par la nécessité de réciter des formules, mais aussi par celle d'accomplir certains gestes, certains rites solennels.
3. L. 13, D., XXVI, 8.

Digitized by Google

pas comment une convention pourrait naître si le tuteur et le pupille gardaient tous les deux le silence. D'ailleurs, le Digeste le déclare, un muet ne peut pas être tuteur, *quoniam auctoritatem præbere non potest :* il faut donc parler [1].

Enfin, il est certain que dans l'origine, l'*auctoritas* consistait dans une stipulation. Nous trouvons, en effet, le texte suivant de Paul : « Etiamsi non *interrogatus tutor auctor fiat*, valet auctoritas ejus cum se probare *dicit* id quod agitur : *hoc est enim auctorem fieri.* » Que signifie ce fragment, sinon qu'autrefois le tuteur était *interrogé*, *an auctor fiat*, que du temps de Paul cette interrogation solennelle n'était plus utile et que les paroles, quelles qu'elles fussent, employées par le tuteur pour affirmer son approbation, équivalaient à la réponse *auctor fio* [2].

En insérant ce texte dans les Pandectes, Justinien confirma l'usage qui avait supprimé la stipulation comme condition essentielle. L'*auctoritas* fut dès lors fournie au moyen de l'approbation exprimée par le tuteur, sans formule solennelle, en présence du pupille.

C. — Tels sont les deux modes d'action remis aux mains du tuteur ; dans quels cas aura-t-il re-

1. L. 1, § 2, D., XXVI, 1.
2. L. 3, D., XXVI, 8.

Digitized by Google

cours au premier, dans quels cas aura-t-il recours au second?

Peut-il, en toute circonstance, choisir à son gré le rôle qu'il lui plaît, celui de gérant, ou celui d'*auctor*? L'absence du pupille, l'incapacité physique ou intellectuelle de ses premières années ne suppriment-elles pas ce choix? S'il y a des actes dont l'exécution peut être confiée à un mandataire, n'y en a-t-il pas d'autres qui, à raison de leur forme ou de leur nature, réclament l'intervention de la personne intéressée elle-même? Cette variété de circonstances montre que la question de savoir quand le tuteur recourra à l'une ou à l'autre de ses deux fonctions, est une question complexe. La réponse se trouve dans la combinaison de deux règles que nous avons déjà données et qu'il importe de rappeler :

1° L'enfant qui ne peut pas encore parler, plus tard celui qui n'a pas atteint l'âge de sept ans environ, ou même celui qui est encore *infantiæ proximus,* ne peuvent paraître dans aucun acte civil; car ils ne peuvent pas acccomplir les formalités constitutives des contrats, ou ne comprennent pas les paroles qu'il faut prononcer, ou ne savent apprécier la portée des actes auxquels ils procèdent. Pendant ce temps, le tuteur est obligé d'agir lui-même; ce n'est que dans la période suivante qu'il pourra autoriser;

Digitized by Google

2° En principe, aucun acte ne peut être fait par procureur, un citoyen ne peut pas en représenter un autre. Ce droit primitif ne pouvait pas être maintenu. Peu à peu l'usage s'introduisit de recourir à des mandataires ; mais, nous l'avons dit, ces mandataires s'engageaient eux-mêmes et en leur nom, le tiers ne connaissait qu'eux, il ne pouvait s'adresser au mandant pour réclamer l'exécution de la convention, ou s'il pouvait atteindre celui-ci, ce n'était que par des moyens indirects. Le mandataire par la *mandati contraria* obligeait son mandant à l'indemniser de la poursuite qu'il avait dû subir de la part du tiers contractant ; le mandant par l'action directe obligeait son mandataire à lui rendre compte ou à lui céder ses actions contre le tiers [1].

Mais tous les actes pour lesquels le droit civil avait fixé des solennités, et notamment la prononciation de paroles consacrées, continuèrent à réclamer la présence et l'intervention de la personne intéressée elle-même. Par exemple, le testament *calatis comitiis* et l'adrogation, qui s'accomplissaient dans les comices ; les actions de la

1. On put, laissant de côté le mandataire, faire naître sur la tête des véritables intéressés, le tiers et le mandant, les actions du contrat en transformant celles-ci en actions *in factum* ou en actions utiles : c'est ce que fait Papinien en faveur du tiers, l. 31, pr., D., III, 5; et ce que fait Ulpien, par un juste sentiment de réciprocité, dans l'intérêt du mandant, l. 13, § 25, D., XIX, 1.

Digitized by Google

loi[1], l'*in jure cessio*, la *manumissio vindicta*, l'adoption ne purent être confiées aux soins d'un représentant; il en était de même de la mancipation, du testament *per æs et libram,* de la stipulation, de l'*acceptilatio,* de l'*aditio hæreditatis* [2]. Sans qu'il soit nécessaire de rappeler les formalités de ces diverses procédures, on comprend qu'elles ne pouvaient être accomplies par un citoyen au nom d'un autre, Et en effet, le mandataire aurait touché de sa *vindicta* un objet en s'en déclarant lui-même propriétaire, *meum esse aio;* il aurait réclamé tel enfant en affirmant en être le père, *meum esse filium* ; il aurait acheté pour lui-même la succession du testateur, *mihi sit adempta.* Or, ce mandataire aurait commis autant de mensonges, et ces mensonges auraient eu pour témoins les pontifes, le préteur, le peuple romain. Mais en admettant même que la loi eût pu valider de pareils actes, comment ensuite le mandant aurait-il pu se déclarer le propriétaire de l'objet ou de la succession, le père de l'enfant, quand ces qualités auraient été reconnues en justice appartenir à un autre, le mandataire ?

1. Cependant la loi ancienne autorisait un citoyen à plaider pour un autre dans trois cas extraordinaires, *pro populo, pro libertate, pro tutela.* Cette dernière exception, qui seule aurait besoin d'être expliquée, ne peut se justifier que par l'intérêt du pupille.

2. Néanmoins, une constitution de Théodose et Valentinien permit au tuteur, mais seulement pendant la période de l'*infantia,* d'ac-

Digitized by Google

Si maintenant nous rapprochons les règles du mandat des divers degrés de capacité de l'impubère, on distinguera facilement les hypothèses où le tuteur *negotia gerit* de celles où *auctoritatem præstat.*

1° *Le pupille est encore infans.* — Quant aux actes qu'un mandataire peut faire, le tuteur les exécutera en qualité d'administrateur, *negotia gerit.* Quant à ceux que le pupille devrait accomplir en personne, ils seront impossibles, force sera de s'en abstenir [1]. Au reste, l'inconvénient est moindre qu'il n'apparaît au premier abord; en effet, on tournera souvent la difficulté par des moyens indirects. Par exemple, le tuteur remettra ou recevra la possession de la chose, objet du contrat, et bientôt l'usucapion fera acquérir le *dominium* qui n'aurait pu être transmis directement: c'est ainsi que la *bonorum possessio* remplacera *l'aditio hæreditatis.* Quelquefois une novation en changeant la nature de la dette permettra au tuteur d'intervenir lui-même. Ou bien encore, s'il s'agit d'acquérir une créance au moyen d'une stipulation, un esclave du pupille stipulera en son nom et le pupille deviendra

cepter une hérédité au nom du pupille. (L. 18, § 2, C., VI, 30.) Cette faveur se justifie facilement : jusque-là l'impubère, incapable de l'accepter, était privé de la succession.

1. Les mêmes décisions s'appliqueront si le pupille est absent, car l'absence équivaut évidemment à l'incapacité.

Digitized by Google

créancier, c'est à lui que compètera l'action née du contrat, car on sait qu'on acquiert tant par soi-même que par ceux que l'on a sous sa puissance. S'il s'agit au contraire de contracter une dette, le tuteur en sa qualité d'administrateur ordonnera à l'esclave de la promettre par stipulation et le pupille sera au moins tenu envers le tiers par l'action *quod jussu* [1].

2° *Le pupille est sorti de l'*INFANTIA *et des années assimilées à l'*INFANTIA. — S'agit-il d'un acte où l'intéressé doit comparaître lui-même, il est évident que le pupille devenu capable l'accomplira, assisté seulement de son tuteur qui donnera son *auctoritas*. S'agit-il de tout autre acte, le tuteur sera libre de l'exécuter lui-même en qualité d'administrateur ou bien de se borner à son rôle d'*auctor*. Parmi les circonstances qui devront déterminer son choix, la principale sera, évidemment, l'état des facultés intellectuelles de l'enfant, leur développement plus ou moins précoce permettra de le faire comparaître plus ou moins souvent. L'intervention fréquente du pupille aura aussi l'avantage de lui faire acquérir à lui-même les actions actives et passives nées du contrat, et par suite en évitant des recours entre lui et le tuteur, de simplifier les comptes de la tutelle.

1. L. 2, pr., D., XV, 4; L. 9, pr., D., XXVI, 7.

Digitized by Google

SECTION III

Effets des actes du tuteur et du pupille

§ 1er

DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES TIERS

A. *Actes accomplis par le tuteur seul.* — Un acte a été conclu par le tuteur seul dans les formes légales, d'après les règles et dans les limites de ses pouvoirs : quels en seront les effets ? Quant au tuteur lui-même, il est évident que vis-à-vis du tiers il est lié par le contrat ; c'est en effet entre eux que la convention s'est formée, c'est à Rome le résultat ordinaire de la gestion d'affaires. Le pupille est-il également engagé, et doit-il tenir les promesses de son tuteur ? Oui, un texte du Digeste le déclare formellement, et donne pour motif de cette décision l'intérêt même du pupille : si en effet celui-ci eût pu accepter ou récuser l'opération suivant que les résultats en auraient été heureux ou non, le tuteur n'aurait trouvé aucun crédit et son administration aurait périclité [1].

Cette décision est-elle contraire aux règles données ci-dessus d'après lesquelles les actes du

1. L. 12, § 1, D., XXVI, 7.

Digitized by Google

gérant d'affaires ne créent d'obligations qu'entre lui-même et les tiers contractants? Nullement, les rescrits de Trajan et d'Adrien disent simplement que le pupille devra respecter ces conventions, *rata habere*, ce qui ne signifie pas du tout qu'il se substitue aux qualités de créancier et de débiteur de son tuteur, qu'il puisse recourir ou répondre aux actions nées du contrat.

Cela est si vrai que si l'on suppose au contraire un acte passé par le tuteur en dehors de ses pouvoirs, une donation importante, ou simplement un acte accompli d'une manière irrégulière, par exemple le tuteur a consenti une stipulation alors qu'il aurait dû se borner au rôle d'*auctor* en appelant le pupille: les résultats seront tout différents. Entre les deux parties contractantes la convention sera valable et devra être maintenue, chacune d'elles a en effet traité en son propre nom. Mais le pupille sera libre de rejeter ou de s'approprier le bénéfice de l'opération. Le tiers après tout ne sera pas trompé, il a dû savoir en effet que le tuteur dépassait ses pouvoirs et qu'une telle opération, si elle était défavorable à l'impubère, serait méconnue par celui-ci[1].

B. *Actes accomplis par le pupille autorisé.* — Ces actes ont été accomplis suivant les prescriptions

1. Cette règle est appliquée par les textes suivants: L. 22, D., XXVI, 7; L. 2, D., XXVI, 8; L. 3, § 13, D., XXVI, 10.

Digitized by Google

de la loi ; réguliers en la forme, consentis par des agents capables, leur validité ne peut être mise en question : le pupille comme le tuteur sera lié vis-à-vis des tiers et obligé de respecter les conventions.

C. *Actes accomplis par le pupille seul.* — A l'inverse des précédents, ces actes ne peuvent être valables, car ils ont été formés par un incapable. Or, c'est un principe commun à toutes les législations, que la capacité de l'agent est une condition essentielle de la validité des contrats. Un pareil acte est sans force tant que le vice originel n'en aura pas été purgé par une ratification de son auteur survenue après la cessation de l'incapacité de celui-ci. Mais encore cette ratification est absolument abandonnée à la volonté de celui que la nullité protégeait. Ainsi tout ce qu'un impubère fait seul est instable et sans valeur. C'est donc en vain qu'il promettrait par stipulation, il ne serait pas tenu d'exécuter sa promesse ; c'est en vain qu'il ferait une vente, on ne pourrait pas l'obliger à livrer l'objet de la vente prétendue ; eût-il même fait la tradition, il serait resté propriétaire et pourrait revendiquer sa chose.

Or quel est le fondement d'une telle protection ? Pourquoi tenir pour non avenues les conventions qu'il a acceptées ? C'est que son inexpérience pour-

Digitized by Google

rait lui faire accepter des conventions désastreuses ; aussi, sans peser chacune de ses obligations et rejeter seulement celles qui lui seraient onéreuses, a-t-on adopté la règle : il ne peut s'obliger.

En sens inverse, s'il ne s'oblige point, peut-on s'obliger envers lui ? Pourquoi non ? il reçoit et ne donne rien ; il ne dit rien et ne fait rien, il entend et laisse faire ; un autre s'oblige seul. Qu'importe alors l'incapacité du pupille ? Son incapacité qui vicierait son consentement ne peut vicier celui d'autrui ; ses intérêts ne peuvent souffrir, sans rien devoir en échange il devient créancier ; un tel acte sera tenu pour bon et valable, d'où la seconde règle : on peut s'obliger envers lui.

Ce double principe est écrit dans les Instituts : « meliorem quidem suam conditionem licere eis facere (placuit) etsi sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore[1]. » Faire sa condition meilleure, c'est devenir créancier ; faire sa condition pire, c'est devenir débiteur. Or, ces deux expressions que l'usage a adoptées ne se réfèrent pas au résultat de la convention. Faire sa condition meilleure, ce n'est pas avoir fait une opération dont on a tiré un bénéfice ; faire sa condition pire, une opération qui a produit une perte.

1. I, 21, pr.

Digitized by Google

Ces deux formules faisant abstraction de l'issue de l'affaire, désignent simplement le rôle que l'on a joué au contrat, créancier ou débiteur; la première s'emploie quand on acquiert un droit réel ou un droit personnel, ou qu'on obtient la remise d'une dette; la seconde quand on aliène, on s'oblige ou l'on remet une créance.

Le pupille ne peut ni s'obliger, ni aliéner ni accorder une remise; par exemple, il ne peut accepter une succession, car, quelque avantageuse qu'elle puisse être, ce serait faire sa condition pire, puisqu'en acceptant, il s'obligerait à payer les dettes héréditaires. Il ne peut donner décharge en recevant un paiement, car ce serait aliéner sa créance [1]; il ne peut, à plus forte raison, faire remise d'une dette, mais il pourrait accepter la libération qui lui serait accordée. Il ne peut pas faire un *mutuum*, car il n'a pu transférer la propriété de la chose fongible, objet du prêt [2]; mais il peut former un commodat, en jouant le rôle de créancier, puisque, dans cette hypothèse, l'emprun-

1. Un débiteur qui aurait ainsi payé ne serait pas libéré, le paiement pourrait être exigé de nouveau.

2. *Ex meo tuum fit.* (Inst., III, 14, pr.; Gaius, III, 90.) Le pupille devenu pubère, ou son tuteur pour lui, réclamera la chose prêtée non par l'action du *mutuum*, mais par la revendication. Que si l'emprunteur a consommé la chose de bonne foi, on agira par la *condictio*. Dans le cas contraire, on exercera l'action *ad exhibendum*. Ces actions personnelles naissent non du contrat de *mutuum* qui n'a pu se former, mais d'un quasi-contrat, le fait par l'emprunteur d'avoir consommé la chose d'autrui.

Digitized by Google

teur prend seul une obligation, celle de restituer la chose non fongible [1].

Supposons maintenant un contrat bilatéral parfait, une vente : l'impubère est créancier du prix, débiteur de la chose, quel sera le sort de l'obligation de chaque partie ? Appliquons les principes qui précèdent : 1° la convention n'est pas encore exécutée. L'acheteur ne pourra pas réclamer la chose vendue, tandis que le pupille pourrait réclamer le prix promis, mais le préteur vint au secours de l'acheteur en lui permettant de repousser cette prétention par l'exception *doli mali* ; 2° la convention a été exécutée. Le pupille pourra revendiquer l'objet de la vente apparente dont il n'a pas cessé d'être propriétaire, mais l'acheteur ne pourra pas réclamer le prix qu'il a imprudemment payé : toutefois, comme il est de principe qu'on ne peut pas s'enrichir aux dépens d'autrui, le pupille devra rendre tout ce qu'il possède encore du prix perçu ou tout ce qui a tourné à son profit [2].

1. Mais il ne sera pas soumis aux obligations qui peuvent naître *ex post facto* de ce contrat synallagmatique imparfait.

2. Si le pupille ne peut s'engager par un contrat à titre onéreux, à plus forte raison il ne peut consentir une libéralité, une donation entre-vifs. Mais *quid* d'un testament? L'impubère ne peut tester, même avec l'*auctoritas* d'un tuteur ou la permission de son *paterfamilias* (Inst., II, 12, § 1 ; L. 5, 6, D., XXVIII, 1). Mais les mœurs romaines faisaient considérer comme honteux le fait de décéder *intestatus* : or, la loi interdisait à l'impubère de tester, et les mœurs le condamnaient, par suite, au déshonneur. En conséquence, l'usage s'introduisit de permettre au père de famille de faire un

Digitized by Google

Ces divers résultats se résument dans cette formule que la nullité des actes faits par le pupille est générale et relative : générale, car elle s'applique à toutes les obligations qu'il a consenties ; relative, car il n'a pu s'obliger, et lorsqu'il sera devenu pubère, il sera libre ou de ratifier ou de demander en justice la nullité de la convention ; mais ce droit n'appartient qu'à lui seul ; l'autre partie, au contraire, s'est valablement engagée et ne peut se refuser à l'exécution du contrat.

L'acte accompli par le pupille seul n'est donc pas dépourvu d'effets, il n'est pas nul, ce n'est pas le néant juridique ; car, d'une part, le tiers pourra être contraint d'exécuter, et d'autre part, il sera au pouvoir du pupille de ratifier après sa puberté, c'est-à-dire de confirmer ce qui n'était jusque-là qu'annulable.

§ 2

DANS LES RAPPORTS DU TUTEUR AVEC LE PUPILLE

Il ne peut s'agir ici que des actes accomplis par le tuteur, soit seul, soit en qualité d'*auctor*, et l'on se demande s'il pourra exercer contre le pupille une action récursoire.

testament pour ses descendants, que sa mort allait rendre *sui juris*, et dans la prévision où ils mourraient eux-mêmes avant d'avoir atteint leur puberté. Cette institution d'héritier au nom d'un pupille prit le nom de substitution pupillaire (Inst., II, 16, pr.)

Digitized by Google

Et d'abord, à quelle époque s'exercera ce recours ? Ce sera à la fin de la tutelle, lorsque le tuteur rendra compte de sa gestion. Jusque-là, en effet, le pupille ne saurait rien réclamer à son tuteur, ni celui-ci à son pupille. Mais alors deux causes de recours pourront exister : certains actes devront être respectés par le pupille, et le tuteur les lui opposera en recourant contre lui ; certains autres ne lui seront pas opposables, et c'est au contraire le pupille qui pourra actionner son tuteur pour en obtenir la réparation :

1° La première de ces catégories d'actes comprend ceux que le tuteur aura accomplis seul, avec toute la diligence nécessaire et suivant les prescriptions de la loi. Or, comme le mandataire romain n'oblige point son mandant, mais s'oblige lui-même, il doit ensuite répéter contre celui-ci tout ce qu'il a dû payer par suite de la convention. C'est ainsi que le tuteur aura un recours à exercer pour les actes qu'il aura régulièrement faits. On voit donc que ceux-ci seront en définitive opposables au pupille. Toutefois, celui-ci pourra trouver dans la *restitutio in integrum* le moyen d'échapper à ce recours, s'il prouve que l'opération a été contraire à ses intérêts ;

2° A l'inverse, le pupille ne sera pas tenu d'indemniser le tuteur des suites de tous les actes que celui-ci aura indûment accomplis ; par exemple,

Digitized by Google

s'il ne s'est pas soumis aux formes légales, s'il a agi seul, alors que l'impubère aurait dû paraître au contrat. Le pupille pourra même réclamer des dommages-intérêts toutes les fois que la négligence du tuteur aura été pour lui une cause de préjudice, soit que celui-ci ait mal géré ou n'ait pas géré du tout, soit qu'il lui ait prêté son *auctoritas* pour des actes funestes, soit qu'il la lui ait refusée pour des actes utiles.

Cette doctrine cependant ne s'établit pas tout d'abord. Il paraît qu'à l'origine le tuteur, mandataire gratuit, n'était responsable que de sa faute lourde, *proxima doli*. Cependant, tandis que le mandant ordinaire peut surveiller le mandataire et lui retirer son mandat, le tuteur est un mandataire forcé, le pupille est à la merci de sa gestion qu'il ne peut contrôler. C'est pourquoi on admit bientôt que le tuteur serait responsable même de sa simple faute. Du reste, la *restitutio in integrum* assurera au pupille une protection bien autrement efficace puisqu'elle lui permettra de faire annuler tous les actes qui lui auront été préjudiciables.

Digitized by Google

CHAPITRE III

COMPTE DE TUTELLE ; — ACTIONS ACCORDÉES AU PUPILLE

Lorsque la tutelle prenait fin pour quelque cause que ce fût, le tuteur dont les fonctions cessaient devait rendre compte au pupille de son administration [1].

On se rappelle que le droit primitif n'avait divisé les citoyens qu'en deux catégories, les pubères et les impubères, et avait accordé à l'adolescent la même capacité qu'à l'homme mûr. Après quelques tentatives pour protéger contre son inexpérience le mineur de vingt-cinq ans, on décida qu'il pourrait lui être nommé un curateur, comme on en nommait un, de par les Douze-Tables, aux fous et aux prodigues. Toutefois, le pubère n'était pas nécessairement mis en curatelle : cette protection ne lui était accordée que s'il avait la sagesse de la demander. Ce n'est pas tout: les préteurs, dans l'intérêt de ce même mineur de vingt-cinq ans, avaient imaginé la restitution *in integrum*, action par laquelle il faisait rescinder tous les actes qui

1. Gaius, I, 91 ; Inst., I, 20, § 7.

Digitized by Google

lui étaient préjudiciables. Ainsi, avait-il reçu le compte de gestion de son tuteur, celui-ci pouvait encore se voir exposé à de nouvelles réclamations. C'est pourquoi l'on décida que le tuteur, de même que le débiteur, de même que la partie adverse au procès, pourraient se refuser à rendre compte, à payer, à plaider, tant que ce pubère ne se présenterait pas assisté d'un curateur, unique moyen pour eux de s'affranchir des effets de la restitution *in integrum* [1].

Ainsi le pubère est capable de recevoir et recevra lui-même la reddition des comptes de tutelle. Toutefois, cette opération est l'une des trois hypothèses exceptionnelles où le pubère pourra être obligé de se faire nommer un curateur. — Si la tutelle cesse par une cause inhérente à la personne du tuteur, c'est assisté du tuteur qui aura succédé au premier que l'impubère recevra le compte.

La législation entourait à ce moment le pupille de nombreuses protections afin de lui assurer le recouvrement intégral de son patrimoine.

A. *Action* TUTELÆ DIRECTA. — Plusieurs actions lui étaient offertes. La principale et la première qui se présente à notre examen est l'action *tutelæ directa*. Par là non-seulement il réclamait l'actif

1. L. 7, § 2, D., IV, 4; Inst. I, 23, § 2 ; L. 5, § 5, D., XXVI, 7 ; L. 7, C., V, 31.

Digitized by Google

que détenait le tuteur, mais encore il exigeait la justification et la preuve de l'utilité de toutes les dépenses, il demandait même des indemnités pour tous les dommages que lui avaient causés l'abstention, la négligence, la mauvaise gestion et à plus forte raison les fraudes de son tuteur. Nous l'avons déjà dit, celui-ci était responsable de toutes ses fautes, même de ses fautes légères. Mais en sens inverse, muni de l'action *tutelæ contraria*, il faisait intervenir dans la balance du compte toutes les sommes qu'il croyait pouvoir répéter soit pour le dédommager des engagements que son administration l'avait contraint de prendre, soit pour tous les frais et dépenses dont l'utilité avait été démontrée.

Cette reddition de comptes se trouvait du reste singulièrement facilitée par l'inventaire qui avait dû précéder l'entrée en fonctions du tuteur.

Aucun tuteur, pas même le tuteur testamentaire, ne peut être dispensé de rendre le compte de tutelle : une telle dispense en effet reviendrait à mettre le pupille et son patrimoine à la merci d'un tuteur, peut-être sans probité.

Mais il se pouvait que le tuteur fût insolvable : dans ce but on accorda au pupille un privilége sur ses biens ; on comprend que cette faveur exorbitante dut être destructive de tout crédit, aussi Constantin remplaça-t-il le privilége par une hypo-

Digitized by Google

thèque légale prenant rang du jour de l'ouverture de la tutelle[1].

B. *Action* DE DISTRAHENDIS RATIONIBUS. — Lorsqu'un détournement avait été commis à son préjudice par le tuteur, le pupille pouvait agir contre celui-ci par l'action *de distrahendis rationibus*. Il obtenait ainsi contre l'administrateur infidèle une condamnation au double de la valeur des choses soustraites. Cette action qui était infamante et avait un caractère pénal ne pouvait pas s'exercer contre les héritiers du tuteur. Et même au regard de celui-ci, elle ne se cumulait pas avec l'*actio tutelæ directa*, le pupille en recourant à l'un des deux moyens renonçait tacitement à l'autre[2].

C. *Action* EX STIPULATU. — Nous avons dit qu'avant de prendre en main l'administration des biens du pupille, le tuteur devait fournir une caution qui garantissait envers celui-là *rem salvam fore*. Cette caution, qui s'obligeait par une stipulation, pouvait, de ce chef, être poursuivie par l'action *ex stipulatu*[3]. Il ne paraît pas que ce fidéjusseur ait jamais joui d'aucun bénéfice de discussion. Le pupille pouvait agir contre lui avant d'actionner son tuteur, et en exerçant contre celui-ci l'action

1. Voir les textes cités p. 96, notes 2, 3, 4.
2. L. 1, § 19 et seq.; L. 2, D., XXVII, 3.
3. L. 5, D., XXVII, 7. — Cf., p. 96.

Digitized by Google

tutelæ directa, il ne perdait pas son recours contre la caution[1].

D. *Action subsidiaire contre le magistrat.* — Lorsque l'insolvabilité d'un tuteur datif et de ses fidéjusseurs privait le pupille d'un recours efficace, il pouvait exercer une action subsidiaire contre le magistrat chargé de recevoir la caution et d'en vérifier la solvabilité[2]. Cette action ne pouvait être exercée que discussion préalablement faite des biens des principaux obligés[3]. Elle ne compétait d'ailleurs que contre les magistrats municipaux des provinces ; seuls, en effet, ils nommaient des tuteurs datifs sans enquête mais en faisant fournir caution. Elle compétait encore contre les magistrats qui avaient accepté les cautions fournies par les tuteurs légitimes, ou les tuteurs testamentaires qui en présence de compétiteurs à la tutelle, également nommés par le testament, avaient offert caution pour être préférés à ceux-ci[4].

1. Le tuteur avait lui-même promis par stipulation, *rem salvam fore pupilli*, il était donc soumis à une action *ex stipulatu*. Le pupille pouvait recourir à cette action au lieu de la *tutelæ directa* ; comme c'était une action *stricti juris*, tandis que celle-ci était *bonæ fidei*, elle pouvait être pour lui plus avantageuse.

2. L. 9, D., XXVII, 8 ; — L. 5, C., V, 75.

3. L. 4, C., V, 75.

4. C'est ce qui résulte évidemment de la loi 5, D., XXVII, 8. En effet, l'espèce que résout Julien au profit du magistrat a pour origine ce fait que deux tuteurs ont partagé entre eux l'administration, *inter se partiti sunt* : il n'y a que des tuteurs testamentaires ou légitimes qui puissent faire entre eux ce partage.

Digitized by Google

E. *Action en nullité.* — Lorsque le tuteur a fait ou autorisé un acte en dehors de ses pouvoirs, lorsque le pupille a souscrit une obligation seul, *sine auctoritate,* ces opérations sont nulles et le pupille devenu majeur n'est pas tenu de les ratifier : il trouve donc encore une protection dans l'action en nullité qu'il est libre d'intenter ; mais l'insolvabilité du tiers contractant peut rendre cette ressource inefficace [1].

F. *Restitutio in integrum.* — C'est une action qui tend à faire prononcer la rescision des actes valablement faits par le pupille autorisé, ou par le tuteur agissant seul, toutes les fois que ces actes ont été préjudiciables. Toutefois, ce secours ne paraît pas avoir été imaginé d'abord dans l'intérêt des impubères.

Après quelques tentatives pour protéger les individus pubères, mais encore mineurs de vingt-cinq ans, *minores viginti quinque annis,* le préteur inventa pour eux la *restitutio in integrum*, dont l'effet était de replacer juridiquement les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la convention qu'elle annule [2]. Lorsque ces mineurs eurent reçu des curateurs, la *restitutio in integrum* fut maintenue en leur faveur ; on admit même qu'elle

1. Voir ci-dessus, p. 119.
2. L. 1, § 1, D., IV, 4.

Digitized by Google

se donnerait contre les actes qu'ils auraient faits avec le consentement de leurs curateurs ou contre ceux que ces derniers auraient accomplis eux-mêmes en qualité de gérants d'affaires [1]. Le texte de l'édit n'ayant pas distingué, ce recours fut accordé même aux mineurs de vingt-cinq ans *alieni juris* [2]. Enfin, étendant l'invention du préteur qui n'avait songé à protéger que les mineurs pubères, seuls compris d'ordinaire dans cette expression, mineurs de vingt-cinq ans, on admit aussi que les pupilles seraient restituables contre les actes de leurs tuteurs ou contre ceux qu'ils auraient consentis eux-mêmes *cum auctoritate* [3].

Mais les pupilles, aussi bien que les pubères, n'obtenaient le bénéfice de la *restitutio in integrum* qu'à une double condition.

Il fallait :

1° Qu'ils eussent éprouvé une lésion ;

2° Que nulle autre voie de droit ne pût leur assurer une protection équivalente.

1° *Lésion.* — La première condition n'est autre chose que la cause même de l'invention prétorienne : une lésion a été subie qu'il faut réparer.

1. L. 2 et 3, C., II, 25.
2. L. 3, § 4, D., IV, 4.
3. Quant aux actes qu'ils auraient faits seuls, ils n'avaient qu'à en faire prononcer la nullité.

Digitized by Google

Est-ce à dire que toute lésion quelconque, même la plus indirecte, même la plus imprévue, pourra être invoquée? Nullement, il faut que l'opération comporte une maladresse, une faute qu'un majeur avisé se fût gardé de commettre. Or, la lésion peut avoir deux causes: une perte éprouvée, un gain manqué. S'il s'agit d'une perte éprouvée, il faut qu'elle puisse être imputée à l'auteur de l'opération; il ne suffit pas qu'elle soit purement accidentelle et impossible à prévoir lors de la conclusion du contrat: par exemple, on a acheté une maison, elle vient à brûler; un champ, il vient à être inondé; un esclave, il vient à mourir d'une blessure reçue postérieurement au marché: toutes ces pertes ne pourraient pas autoriser une *restitutio* [1]. Il en serait autrement si la maison, d'une construction évidemment vicieuse, venait à s'écrouler, si le champ était voisin d'un fleuve sujet à de fréquentes inondations, si l'esclave mourait d'une maladie qu'un acheteur diligent pouvait reconnaître. Supposons maintenant un gain manqué. Les textes indiquent

1. Il est clair, en effet, que si la *restitutio* pouvait être accordée dans ces hypothèses, le pupille et le tuteur qui le représente se trouveraient absolument privés de crédit. C'est pourquoi nous avons dit avec le Digeste que les actes valablement faits par le tuteur devaient en principe être respectés par le pupille, au nom même de son intérêt. (V. ch. II, sect. III, § 1er.) Au contraire, dans les espèces qui suivent, on peut justifier la rescision en disant que le tiers ne sera pas absolument trompé, car il a fait une très-bonne opération et doit s'imputer quelque imprudence.

Digitized by Google

comme causes justifiant suffisamment la demande: la répudiation d'une hérédité avantageuse que l'on veut maintenant accepter [1]; la vente d'un objet pour un prix peut-être suffisant, alors que des offres supérieures ayant été faites, elles ont été repoussées [2]. Dans ces hypothèses, en effet, le droit du pupille était né, l'hérédité lui appartenait, sous la condition de l'accepter, les offres avaient lié le tiers, et la conclusion du contrat ne dépendait que de la volonté du pupille: il y avait, pour lui, en quelque sorte autre chose qu'une simple espérance, il s'est, pour ainsi dire, dépouillé. Telle est la condition nécessaire. Il ne suffirait pas, en effet, d'alléguer que tel bénéfice aurait pu être acquis avec plus d'adresse, plus d'habileté, plus de prévoyance, plus d'empressement.

Bref, qu'il s'agisse d'un gain manqué ou d'une perte éprouvée, il faut invoquer la privation soit par omission, soit par négligence, d'un droit acquis, né et actuel. Toutes les fois qu'il s'agira d'un fait que toute autre personne n'eût pu éviter ni prévoir, le secours de la *restitutio* sera refusé.

2° *Absence d'un autre moyen.* — Il faut en second lieu n'avoir aucune autre voie de droit également efficace.

1. L. 7, § 7 et 9, D., IV, 4.
2. L. 7, § 6 et 8, D., IV, 4.

Digitized by Google

Si l'on comprend que l'on puisse annuler tous les actes que le pupille ou le tuteur ont pu faire sans se conformer aux prescriptions de la loi, il semble étrange que l'on puisse aussi rescinder ce qui a été accompli d'une manière régulière et avec toutes les protections édictées en faveur de l'impubère. Certes, on peut dire qu'un tel résultat est inique, car il vient frapper des tiers coupables seulement d'avoir fait une bonne opération, alors qu'ils n'ont aucune fraude à se reprocher, et qu'ils ont dû croire à la parfaite validité d'un contrat passé en la forme légale. Aussi semble-t-il que le législateur ait douté de la parfaite loyauté de la *restitutio* lorsqu'on le voit, comme saisi d'un scrupule, ne concéder le bénéfice de son action qu'à la dernière extrémité. Ce n'est en effet qu'en l'absence de tout autre moyen et lorsque toutes les autres voies de droit sont fermées que ce secours est accordé au pupille [1].

C'est ainsi que le pupille n'aura pas besoin d'invoquer la *restitutio* pour faire annuler des affranchissements d'esclaves accomplis sous les formes prévues par la loi Ælia Sentia, parce qu'il trouve une protection suffisante dans les dispositions de

1. L. 16, pr., D., IV, 4. — Du reste le procédé est familier au préteur : la *querela testamenti inofficiosi* était aussi un moyen extrême et peu loyal, on agissait sous le prétexte que le père de famille avait testé *comme s'il n'était pas sain d'esprit*, « *hoc colore.* »

Digitized by Google

cette loi [1] ; pour faire rescinder les actes qu'il a faits seul ni tous ceux auxquels il a été procédé irrégulièrement ; car dans tous ces cas l'action en nullité suffit. Ce sera encore un secours inutile lorsque le tuteur sera solvable ; cependant même alors les textes ne défendent pas au pupille de se faire restituer, car il se peut qu'il y trouve un avantage : si par exemple, il s'agit de l'aliénation d'un immeuble urbain, il ne trouvera en recourant contre le tuteur qu'une indemnité pécuniaire, par la *restitutio* il recouvrera l'objet même de la vente, et il se peut qu'il ait un intérêt réel ou simplement d'affection à en reprendre la possession [2].

Enfin, il fallait limiter le temps pendant lequel cette action pourrait s'exercer, le tiers en effet ne pouvait toujours rester menacé d'une poursuite aussi rigoureuse. Ce délai se prolongeait cependant durant nombre d'années : la *restitutio in integrum* protégeait avec une efficacité égale le pupille et le mineur de vingt-cinq ans, or elle pouvait être demandée pendant toute cette période ; elle le pou-

1. Les affranchissements conférés en violation de ces règles sont nuls ; mais si l'acte est régulier, quelque préjudiciable qu'il soit, un autre principe, celui de l'irrévocabilité de la liberté, venait ici par exception faire échec à la *restitutio*.

2. S'il s'agissait d'un meuble ou d'un immeuble rural ou suburbain, *rusticum vel suburbanum*, dont le Sc. de Septime Sévère interdisait la vente, l'acte eût été nul et le pupille n'aurait qu'à intenter l'action en nullité.

Digitized by Google

vait même encore pendant une année utile à partir de la majorité[1]. Justinien remplaça l'année utile par une durée fixe de quatre années continues[2].

1. L'année utile était loin de correspondre à l'année ordinaire, puisqu'elle se comptait en déduisant tous les jours où le juge n'avait pas siégé.

2. L. 5, § 1, C., II, 22; L. 7, C., II, 53.

Digitized by Google

Digitized by Google

DEUXIÈME PARTIE

DROIT FRANÇAIS

Digitized by Google

Digitized by Google

DROIT FRANÇAIS

La civilisation romaine est morte ; *sinite parvulos ad me venire*, protection aux faibles et aux petits ! c'est la nouvelle doctrine.

La femme n'est plus l'esclave du mari comme dans la *manus;* elle est devenue la digne compagne de l'homme, son soutien et sa consolation, *laborum periculorumque sociam.*

L'enfant n'est plus l'esclave du père ; la puissance paternelle est devenue un pouvoir tout de protection, elle a cessé d'absorber, de confisquer la personnalité de l'enfant.

Ces principes nouveaux se sont développés pendant tout le moyen-âge et ont pénétré nos institutions coutumières, « Droit de puissance paternelle n'a lieu, » dit Loisel[1]. L'enfant a des droits propres ; le père doit le nourrir et l'élever en respectant sa dignité d'homme ; s'il peut le corriger, il le doit

1. Inst., Cout., édit. annotée par Laurière, règle XXXVII.

Digitized by Google

faire avec mesure, il doit lui donner une éducation conforme à son rang et à sa condition[1].

S'assimilant ces progrès et ces conquêtes, la législation moderne s'est inspirée, à l'égard de l'enfant, des deux principes de l'égalité sociale et de la protection due aux faibles.

L'étude que nous commençons comprendra trois parties, l'état civil, la personne et les biens de l'enfant.

1. Arrêts du Parlement de Paris, 18 juin 1607 ; 26 oct. 1697.

Digitized by Google

TITRE I

ÉTAT CIVIL DE L'ENFANT — DE L'ACTE DE NAISSANCE

L'enfant naissant n'a qu'un appui, ses auteurs ; il leur doit tout, la vie et le rang qu'il va tenir dans leur famille comme dans la société : c'est un principe de toute équité et de droit naturel qu'il suivra leur condition, et n'aura d'autre état civil et d'autre état social que le leur. Il y a plus : c'est l'état civil et l'état social de son père, son véritable auteur, que recevra le nouveau-né en venant au monde [1]. Certes, on chercherait vainement dans toute notre législation un article de loi qui attribuât à l'enfant légitime le nom de son père. Le Code n'a pas eu à se préoccuper d'une pareille prescription, par cette unique raison que dans tous

1. Par exception, l'étranger né en France ne transmettra pas sa propre nationalité à ses enfants nés également en France : l'article 1er de la loi du 12 février 1851 les déclare Français, mais leur permet de réclamer la nationalité de leur père dans l'année qui suivra leur majorité. Cette loi, en mettant fin à de fréquents abus, concilie sagement les droits du sang avec les devoirs qui résultent d'une habitation prolongée sur le sol français.

Digitized by Google

les temps et chez tous les peuples tel a été l'usage constant, et qu'il y aurait peut-être quelque naïveté à ordonner ce que personne au monde n'eût jamais songé à contester[1]. Pourtant, s'il fallait justifier la coutume, on trouverait, dans plus d'un article du Code civil, la preuve que les législateurs l'ont adoptée. Et d'abord, la femme suit la condition de son mari (art. 12); à plus forte raison en sera-t-il de même de l'enfant qu'il a engendré. Le père est le chef de la famille, il a l'autorité, il a la jouissance et l'administration des biens (art. 213, 373, 384, 389) et à ces divers titres c'est lui qui imposera sa qualité et son nom à ceux qui lui sont soumis. L'article 321, n° 2, suppose évidemment que l'enfant doit recevoir le nom de son père; enfin l'adoption qui s'efforce en créant une famille artificielle de lui donner toutes les apparences de la famille naturelle, confère à l'adopté le nom de l'adoptant (art. 347).

L'enfant vient donc de naître et de recevoir l'état et la condition de son père, mais il faut qu'avec l'assistance même de la loi et sous ses auspices il prenne possession de cet état social. Cette prise de

1. Pourtant, mais il est vrai qu'il faut remonter aux origines mêmes de la féodalité, au temps où le servage subsistait encore, le formariage commis sans la permission du suzerain, donnait en maintes coutumes la condition de la femme au mari et aux enfants à naître, *le fruit suit la condition du ventre.* Dans quelques coutumes, *le ventre anoblissait*; dans la plupart *il affranchissait* (Loisel, Inst., Cout. annotées par Laurière, *Des personnes*, règles 22, 25 et 82).

Digitized by Google

possession de la vie, c'est l'acte de naissance qui la constate, le Code civil en a réglé les détails en organisant la tenue et les formes des actes de l'état civil.

Les registres de l'état civil ont pour but l'utilité domestique en même temps que l'utilité publique : « la grande famille s'est constituée gardienne et dépositaire des premiers et des plus essentiels titres de l'homme ; il ne naît point en effet pour lui seul, ni pour sa famille, mais pour l'État. En constatant sa naissance, l'État pourvoit à la fois à l'intérêt public de la société et à l'intérêt privé de l'individu[1]. » *Non tantum parenti cujus esse dicitur, sed etiam reipublicæ nascitur*[2]. C'est pour cela qu'un magistrat va consigner sur les registres publics un acte authentique, dont les constatations seront dans la suite invoquées pour l'exercice des droits civils, civiques et de famille.

CHAPITRE Ier

HISTORIQUE

« La nécessité de conserver et de distinguer les familles, disait le tribun Siméon, a dès longtemps introduit chez les peuples policés des registres pu-

1. Siméon, *Rapport au Tribunat* ; — Locré, t. III, p. 200.
2. L. 1, § 15, D., XXXVII, 9.

Digitized by Google

blics où sont consignés la naissance, le mariage et le décès des citoyens. » Chez les peuples anciens, il est vrai, les naissances ne paraissent avoir été constatées que par les registres domestiques où les inscrivaient les pères de famille ; mais l'on sait que dès l'époque d'Auguste, non-seulement la cérémonie privée de l'imposition du nom, *die lustrico*, constituait l'enfant membre de la société, mais que l'on allait encore le faire inscrire sur les *acta publica* conservés au temple de Saturne, et un édit de Marc-Aurèle, dont nous a conservé les termes Julius Capitolinus, rappela à l'exécution de ce devoir les Romains qui peut-être avaient pris l'habitude de le négliger[1].

La plupart des peuples modernes ont confié la tenue des registres des actes de l'état civil aux ministres des cultes, les actes qu'on y constate, en effet, naissances, mariages ou décès, sont autant des actes religieux que civils, la religion y préside et les sanctionne. Mais de cette coutume résulte ce grave inconvénient que les individus étrangers au culte national ou n'appartenant à aucun culte n'ont pas d'état civil. Cette fâcheuse inégalité s'est rencontrée même dans ce siècle chez un grand nombre de peuples de l'Europe. C'est ainsi qu'en Prusse les naissances sont constatées par le ministre de la religion à laquelle appartiennent les

1. Cf., sup. p. 50, *loc. cit.*

Digitized by Google

auteurs de l'enfant : si ceux-ci observent un culte qui n'est pas légalement reconnu, ils doivent cependant faire leur déclaration au pasteur de la paroisse, sous peine de priver leur enfant d'un acte de naissance. En Angleterre, les enfants de celui qui refuse pour eux les cérémonies du baptême anglican n'ont pas d'état civil ; c'est le ministre de la religion de l'Etat qui est chargé de la tenue des registres. En Russie, l'état civil est en quelque sorte le privilége du culte chrétien. Chez la plupart des nations de l'Europe, l'état civil se confond encore aujourd'hui avec l'état religieux.

La France a longtemps vécu sous ce régime. Pendant des siècles il n'y eut d'autres registres que ceux que tenait le clergé à l'effet de constater les actes de baptême, de mariage ou de sépulture en terre sainte ; des enquêtes suppléaient au défaut de constatation. Au XVIe siècle la loi civile vint sanctionner l'institution religieuse, elle donna un caractère officiel aux registres ecclésiastiques qu'elle ériga en tables de l'état civil. Ce fut le résultat des ordonnances de Villers-Cotterets en 1539 et de Blois en 1579, complétées par la fameuse ordonnance de 1667 et par la déclaration de 1736. Les actes constatés par le clergé faisaient foi et preuve en justice ; les registres étaient déposés à la fin de chaque année au greffe du plus prochain siége du bailli ou sénéchal royal ; l'ordonnance

Digitized by Google

de 1667 prescrivit la rédaction en double expédition, l'un des registres servant de minute devait rester aux mains du curé [1].

En vertu de l'édit de Nantes, l'état civil des membres de la religion réformée était constaté par leurs ministres ; la révocation de cet édit leur enleva leurs droits. Par exception, les réformés et les juifs d'Alsace conservèrent le droit d'avoir des registres que tenaient leurs pasteurs ou leurs rabbins. A Paris, l'aumônier attaché à la légation de Suède constatait l'état civil des Français de la communion luthérienne. Dans tout le royaume, les tribunaux s'efforcèrent d'adoucir par leur jurisprudence la rigueur de la législation, et admirent ceux qui ne professaient pas la religion catholique à la preuve de leur état civil par tous autres moyens que les extraits des registres paroissiaux [2].

1. L'examen de ces registres permet de constater un usage, dont l'oubli s'explique difficilement au milieu des idées d'égalité sociale et des principes libéraux de notre siècle. Contrairement à l'usage de notre époque, les actes de naissance des princes du sang étaient inscrits sur les registres communs, où on les trouve confondus avec les actes des citoyens les plus obscurs : c'est que l'acte était religieux en même temps que civil et que l'égalité des hommes devant Dieu présidait à sa rédaction. Depuis 1803, les fonctions d'officier de l'état civil sont confiées, à l'égard des princes des maisons régnantes, aux grands officiers de la couronne (Archives de la mairie de St-Germain-en-Laye, années 1638, 1643 ; de Versailles, années 1710, 1712, 1713, 1754, 1755 ;— Sén.-Cons. des 28 floréal, an XII, 30 mars 1806 ; Ord. des 23 mars 1816, 27 mai 1837.

2. Hutteau d'Origny, *De l'Etat civil*, introd.

Digitized by Google

Cet état de choses disparut devant la sage philantropie de Louis XVI, qui, par son édit du 18 novembre 1787, rendit aux protestants la plénitude de l'état civil, les officiers de justice étant chargés d'en dresser les actes.

Lorsque la révolution de 1789 eut proclamé les principes nouveaux, la liberté des cultes et la séparation de la loi religieuse et de la loi civile, la constatation des actes de l'état civil dut être retirée des mains des ministres du culte pour être confiée aux officiers du pouvoir civil [1]. La loi du 28 pluviôse an VIII a désigné pour ces fonctions les maires et adjoints. Dès lors le prêtre n'eut plus à exercer que des fonctions sacerdotales, ses registres n'eurent d'autre but que la constatation de l'administration des sacrements ; la constatation des actes de l'état civil fut organisée d'une manière uniforme, indépendamment de toute croyance religieuse et dans un but exclusivement civil [2].

Au reste la loi nouvelle n'eut qu'à s'emparer de l'ancienne législation : l'ordonnance de 1736 avait à peu près atteint la perfection, et l'acte de haute

1. Loi du 20 sept. 1792, art. 1 ; du 7 vendém., an IV, art. 20 et 21 ; du 28 pluv., an VIII, art. 13 et 16 ; du 18 germ., an X, art. 155 ; — C. civ., liv. I, tit. II ; — C. pén., art. 199, 200.

2. Dans le but de suppléer aux actes de l'état civil de la ville de Paris, détruits pendant l'insurrection de 1871, plusieurs lois ont rendu aux registres des paroisses une certaine force *probante*, même au point de vue civil (Lois des 10 juillet 1871 et 12 fév. 1872).

Digitized by Google

équité de Louis XVI ne laissait plus guère de place au progrès [1].

CHAPITRE II

RÉDACTION DE L'ACTE DE NAISSANCE

Appelé à constater l'entrée du nouveau-né dans la famille et dans la société, l'acte de naissance doit contenir trois énonciations principales : le fait même et la date de la naissance, le sexe, la filiation. Telles sont les prescriptions des articles 55, 56 et 57 du Code civil.

§ 1er

LA NAISSANCE

La naissance, c'est-à-dire le jour, l'heure et le lieu de la naissance [2]. Qui est tenu de faire cette dé-

1. Elle prescrivait :

1° Des registres uniformes cotés et paraphés par l'autorité judiciaire ;

2° La tenue de doubles registres, et le dépôt de l'un d'eux au greffe de la justice royale, en donnant à chacun le caractère authentique et la force probante ;

3° L'obligation pour certaines personnes de procéder aux déclarations ;

4° Les mêmes énonciations que le Code civil ;

5° Les précautions matérielles de rédaction qu'a adoptées le Code civil.

2. Dans maintes hypothèses, et spécialement s'il s'agit de legs ou d'enfants jumeaux, il peut être nécessaire de connaître l'heure de la naissance : Cour de Caen, 17 août 1843. (D. Alph., v° *Actes de l'état civil*, n° 243.)

Digitized by Google

claration? « La naissance, dit l'article 56, sera déclarée par le père, ou à défaut du père par les docteurs en médecine ou chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement, et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée » ; « les déclarations seront faites dans les trois jours de l'accouchement, » porte l'article 55 ; enfin l'article 346 du Code pénal punit d'un emprisonnement de 6 jours à 6 mois et d'une amende de 16 à 300 fr. l'inobservation de ces prescriptions. Ces règles sont sages, c'est évidemment au père qu'il appartient avant tout autre de faire constater l'existence de l'enfant qui vient de lui naître: en son absence, ce devoir incombe naturellement aux personnes qui ont été témoins de l'accouchement, soit à l'homme de l'art, soit aux personnes qui ont assisté la mère. « Cet événement que la pudeur domestique environne de mystère n'est révélé qu'aux regards de la famille et de l'amitié ; de pareils témoins ne sont pas réunis fortuitement, et l'intérêt qu'ils portent à la scène qui se passe sous leurs yeux leur fait un devoir de contribuer par leurs déclarations à l'avenir légal de l'enfant [1]. »

La loi ne parle pas de la déclaration de la mère.

1. D. Alph., v° *Actes de l'état civil*, n° 209.

Digitized by Google

Il est des cas cependant où elle est la seule qui puisse attester la naissance, soit qu'elle ait célé son accouchement, soit qu'elle ait accouché inopinément dans un lieu écarté et sans témoin. Sous peine de priver le nouveau-né d'état civil, la déclaration de la mère devra être reçue ; il faut dire davantage, l'esprit de la loi lui commande de procéder à cette déclaration [1].

Enfin, c'est dans les trois jours de l'accouchement que la naissance doit être déclarée. C'est, en effet, au moment où la grossesse et l'accouchement sont des faits récents, et par conséquent notoires, que la vérification en est facile et la simulation difficile. Plus tard, l'enquête et l'expertise médicale même pourraient être impuissantes à déjouer des fraudes.

Mais *quid* si le délai est expiré ? Les personnes auxquelles la loi en fait un devoir seront-elles même alors obligées de se présenter devant l'officier de l'état civil ? Celui-ci devra-t-il recevoir cette déclaration tardive et en dresser l'acte ? Répondons oui, quoique la question soit controversée.

Que craignent donc les partisans de la négative ? Une supposition d'enfant, qui sera d'autant plus à redouter qu'un délai plus prolongé se sera écoulé depuis la naissance ; et si, ajoutent-ils, la décla-

1. Mais le délai de 3 jours de l'article 55 ne doit pas lui être toujours imposé, l'état de sa santé pourra excuser son retard.

Digitized by Google

ration peut être admise le quatrième jour, pourquoi ne le serait-elle pas le cinquième, le sixième, au bout d'un mois ? Dès lors, nos adversaires veulent que les déclarants s'adressent aux tribunaux, et qu'un jugement intervienne, ordonnant l'inscription demandée sur les registres de l'état civil. Ce système a pour lui un avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI, avis, il faut bien le reconnaître, antérieur à la rédaction du Code civil [1].

Mais, répondrons-nous, si l'officier de l'état civil se refuse à dresser l'acte qu'on lui demande, si le tribunal doit être saisi, si le procès doit être instruit et plaidé contradictoirement, un autre danger, réel cette fois et non moins grave, est inévitable ; pendant une période qui ne peut manquer d'être très-longue, un enfant n'aura pas d'état civil ; et pendant tout ce temps, son existence même sera incertaine. Sans doute, en présence des termes impératifs de l'article 55, un acte de naissance, rédigé après l'expiration du troisième jour, ne saurait avoir l'authenticité d'un acte rédigé dans le délai légal, et une décision judiciaire est néces-

1. « Le Conseil d'Etat est d'avis que, s'il était permis de recevoir sans aucune formalité des déclarations tardives et de leur donner de l'authenticité, on pourrait introduire des étrangers dans les familles et que cette faculté serait la source des plus grands désordres ; que les actes omis ne peuvent être inscrits sur les registres qu'en vertu de jugements rendus en grande connaissance de cause de l'omission et contradictoirement avec les parties intéressées ou elles appelées, et sur les conclusions du ministère public. »

Digitized by Google

saire. Mais pourquoi ne pas obliger l'officier de l'état civil à recevoir la déclaration tardive, en faisant mention des circonstances exceptionnelles dans lesquelles elle lui est faite? Le tribunal sera saisi plus tard, et s'entourant de renseignements certains, il donnera la validité à l'acte provisoirement inscrit, ou en ordonnera la radiation s'il en reconnaît la fausseté [1].

§ 2

LE SEXE

L'utilité de cette mention est évidente. Il suffit de songer au mariage, aux fonctions publiques, aux obligations militaires, aux priviléges politiques qui n'appartiennent, et, disons-le en passant, ne peuvent appartenir qu'à l'homme, pour que tout autre commentaire soit superflu.

En ce qui concerne le sexe, la loi offre à l'officier de l'état civil le moyen de vérifier la sincérité de la déclaration qui lui est faite; l'article 55 en effet prescrit de lui présenter l'enfant. Nous reviendrons ultérieurement sur cette matière [2].

1. *Sic* : MALLEVILLE, sur l'article 55 ; — Cour d'Angers, 25 mai 1822, SIR., 23, 2, 105 ;—Pau, 16 mars 1853, SIR., 53, 2, 491.

Contra : DURANTON, t. I, n° 313 ; — MERLIN, v° *Naissance*, § 4, *in fine* ; — DEMOL., t. I, n° 292 ; — MARCADÉ, sur l'art. 55 ;— AUBRY et RAU, I, p. 183 ; — Colmar, 25 juillet 1828, SIR., 29, 2, 33.

2. Cf., *infra*, p. 171.

Digitized by Google

§ 3

LA FILIATION

La filiation est un élément que l'acte doit presque toujours contenir ; presque toujours, car si l'enfant est naturel et que ses auteurs ne veuillent pas le reconnaître, ils n'y peuvent être contraints.

La reconnaissance de l'enfant naturel est en effet libre et volontaire[1]. Elle doit même être spontanée : rien ne peut suppléer la déclaration par le père de sa paternité naturelle[2]. En ce qui concerne la mère même, c'est en vain que le père qui reconnaîtrait l'enfant la désignerait dans l'acte de naissance, si le propre aveu de la mère n'est pas joint à cette désignation[3]. En l'absence de cette reconnaissance de la mère, l'indication de sa maternité ne prouverait qu'un fait, son accouchement, mais il ne ferait pas preuve de l'état de l'enfant, et si celui-ci voulait plus tard s'en prévaloir, il lui faudrait prouver son identité avec l'enfant dont la mère est accouchée[4].

1. Sauf le cas de la déclaration en justice de la maternité naturelle (action en réclamation d'état, art. 341).

2. Cass., 11 août 1808, art. 334, 340. Sauf le cas d'enlèvement, et à plus forte raison de viol.

3. Cass., 7 janv. 1852, D., 52, 1, 75.

4. Bertauld, *Quest. et except. préjud.*, nos 38-40 ;— Duranton, t. I, no 315 ; — Demol., t. I, no 297 ; — Cass., 16 sept. 1843, Sir., 43, 1,

Digitized by Google

Enfin si les reconnaissances des auteurs devaient avoir pour effet de donner à l'enfant une filiation adultérine ou incestueuse, l'officier de l'état civil devrait se refuser à les recevoir ; les eût-il reçues, elles seraient nulles (art. 335, 342)[1].

Mais revenons à l'enfant légitime, le seul qui fasse l'objet de cette étude. L'article 57 du Code civil l'ordonne, « l'acte de naissance énoncera les prénoms qui seront donnés à l'enfant, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère ; » et si ceux-ci sont mariés, un acte ainsi rédigé est pour l'enfant la preuve d'une filiation légitime, la source où il puisera son nom, ses droits de famille, ses droits de succession, ses titres de parenté ou d'alliance.

L'enfant né, ou simplement conçu pendant le mariage, s'il s'agit d'un posthume, est légitime, il a pour père le mari. Cette présomption de paternité, admise en droit romain, *is pater est quem justæ nuptiæ demonstrant*[2], a été reproduite par notre Code : « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, » dit l'article 312. C'est une règle de haute moralité adoptée de tout temps et par tous

915 ; 1er juin 1844, Sir., 44, 1, 670 ; 1er août 1844, Sir., 45, 1, 840 ; 18 juin 1846, Sir., 46, 1, 696 ; 19 nov. 1856, Sir., 57, 1, 97.

1. Cass., 28 juin 1815, 9 mars 1824, 8 fév. 1836, 4 déc. 1837, 19 avril 1847. Ce point ne fait question ni en doctrine ni en jurisprudence.

2. L. 5, D., *de In jus vocando*.

Digitized by Google

les peuples, et qui a pour bases la cohabitation publique, la fidélité et l'affection présumée des époux. Le mari n'a pas le droit en principe de répudier cette paternité, ce n'est que dans les cas limitativement prévus par les articles 312, 313 et 314 qu'il peut désavouer l'enfant de sa femme. La loi a déterminé d'une manière uniforme la durée possible des gestations, trois cents jours est la période fixée pour la plus longue grossesse, cent quatre-vingts pour la plus courte, et c'est dans l'intervalle qui sépare ces deux limites extrêmes que se place le fait mystérieux et incertain de la conception. Le mari, s'il se trouve d'ailleurs dans l'une des rares hypothèses indiquées par le Code, pourra trouver dans cette règle la preuve de sa non-paternité.

C'est dans l'action en désaveu que l'on rencontre l'espèce unique où la loi consacre la reconnaissance d'une filiation adultérine : ce qui arrive si l'enfant désavoué a été même conçu pendant le mariage ; l'adultère de la femme est en effet manifeste.

Notre législation a créé, au fruit malheureux de l'adultère, une condition peut-être rigoureuse ; un seul droit pourra jamais être invoqué par lui : celui de réclamer de sa mère une pension alimentaire (art. 762).

L'article 58 prévoit une hypothèse où les règles

Digitized by Google

ordinaires de la rédaction de l'acte de naissance ne peuvent point être appliquées : c'est celle où un enfant, dont les parents sont inconnus, a été trouvé abandonné. Cet enfant doit être immédiatement remis à l'officier de l'état civil de la commune où il a été recueilli, et un procès-verbal est rédigé, qui, transcrit sur les registres, lui servira d'acte de naissance : on y relate les circonstances de temps et de lieu dans lesquelles l'enfant a été trouvé, son âge apparent, son sexe, et les noms qui lui sont donnés. L'enfant trouvé est désormais à la charge de l'administration publique.

Quant à l'enfant mort-né, une difficulté se présente : quel acte l'officier de l'état civil rédigera-t-il? Un acte de naissance ? l'enfant n'est jamais né. Un acte de décès ? l'enfant n'est jamais mort. S'il pouvait être certain qu'il n'a jamais respiré, la solution serait facile; aucun acte ne serait à rédiger, pas plus qu'on n'en rédige pour un fœtus né avant terme. Mais si l'enfant présenté à l'officier de l'état civil est sans vie, rien ne peut prouver à celui-ci qu'il n'a pas vécu. Or, du point de savoir s'il a vécu ou non peuvent résulter les conséquences les plus graves pour ses auteurs, pour ses collatéraux ; s'il a vécu un seul instant, cet instant a suffi, par exemple, pour lui attribuer une succession que sa mort transmet à des héritiers différents de ceux qui l'eussent reçue à défaut de sa

Digitized by Google

naissance ; c'est au tribunal qu'il appartient de résoudre une question aussi considérable, et il ne saurait appartenir à l'officier de l'état civil de la préjuger.

Le Code civil n'offre aucune solution : les sages prescriptions du décret du 4 juillet 1806 ont comblé cette lacune. Ce décret décide que lorsque le cadavre d'un enfant dont la naissance n'aura pas été déclarée sera présenté à l'officier de l'état civil, celui-ci rédigera un acte dans lequel il constatera, non pas que tel enfant est décédé, mais que cet enfant « lui a été présenté sans vie, » puis il recevra la déclaration des témoins touchant les noms, prénoms, qualités et domicile des père et mère, la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère. L'acte sera inscrit sur les registres des décès, sans que, dit l'article 2 du décret, « il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non. » Les tribunaux, si les parties intéressées le réclament, s'éclairant des circonstances et de rapports médicaux, nécessaires en pareille matière, fixeront enfin le véritable état civil de l'enfant.

Digitized by Google

CHAPITRE III

FORCE PROBANTE — RECTIFICATION DE L'ACTE DE NAISSANCE

L'acte de naissance est rédigé : dans les trois jours de la naissance, le père (ou l'une des personnes désignées en l'article 56) s'est présenté devant l'officier de l'état civil, il lui a déclaré que tel jour, à telle heure, un enfant de tel sexe est né de son mariage, qu'il lui a donné tels prénoms, que lui-même et sa femme portent tels noms et prénoms, exercent telle profession, demeurent en tel domicile. Ajoutons que l'acte qui constate ces déclarations a été rédigé de suite en présence de deux témoins majeurs et du sexe masculin, que la date et l'heure de la rédaction ont été mentionnées, que les témoins et le déclarant ont signé, après lecture, avec le magistrat (art. 34, 37, 38, 39). Mais toutes ces énonciations ont-elles la même authenticité ? Est-il permis de les prétendre fausses, et la preuve de cette allégation est-elle licite ? En un mot, quelle est la forcé probante des diverses parties de l'acte de naissance ?

Rappelons les principes : l'acte authentique est

Digitized by Google

celui qui a été reçu par un officier public compétent quant à l'acte et quant au lieu, et rédigé avec les solennités requises. C'est la présence de l'officier public qui donne à l'acte l'authenticité. L'acte authentique par suite fait foi des faits que l'officier relate, c'est-à-dire de ceux qu'il atteste personnellement comme en ayant été le témoin, *quorum notitiam et scientiam habet propriis sensibus visus et auditus* [1]. Un tel acte ne peut être combattu que par la procédure d'inscription de faux (art. 1317, 1319) [2]. *A contrario*, les énonciations que l'officier public se borne à mentionner sur la déclaration des parties, n'ont pas la même valeur ; ce qu'il y d'authentique, c'est que ces déclarations lui ont été faites, mais il ignore si elles sont exactes et sincères ; on peut donc les combattre par la preuve contraire.

L'acte de naissance réunit toutes les conditions qui constituent l'acte authentique. Appliquons-lui les règles qui précèdent. « Les officiers de l'état civil ne pourront rien insérer dans les actes qu'ils recevront... que ce qui doit être déclaré par les comparants » (art. 35). « Souvent, dit au Tribunat le rapporteur Siméon, par un zèle inconsi-

1. Dumoulin, *Comment. in consuetudines parisienses*, tit. I, § 64 ; — Aix, 18 avril 1870, Sir., 72, 2, 69 ; — Pau, 19 fév. 1873, Sir., 73, 2, 85.

2. Art. 214 et seq. du C. de proc. civ. ; 446 et seq. du C. d'instr. crim. ; 145 et seq. du C. pén.

Digitized by Google

déré ; d'autres fois, par un sentiment plus répréhensible, les rédacteurs des actes civils s'étaient permis de contrarier ou d'affaiblir les déclarations qui leur étaient faites..... Le projet prévient cet abus, que l'ancienne jurisprudence avait déjà réprimé et qu'il faut à jamais proscrire. » L'officier de l'état civil ne fait donc qu'écrire ce que lui dictent les comparants. Des déclarations qui lui sont faites, celles qu'il peut contrôler sur le champ ou dont il a une connaissance personnelle, seront authentiques et feront foi jusqu'à inscription de faux, pourvu d'ailleurs qu'elles soient de telle nature que ses fonctions lui ordonnent de les constater ; les autres ne feront foi que jusqu'à preuve du contraire. L'altération des premières constitue un faux en écritures publiques ; l'altération des secondes n'est qu'une fausse déclaration [1].

Soit dès lors un acte de naissance, au point de vue de la force probante, nous distinguerons trois sortes d'énonciations.

A. — L'officier de l'état civil constate *propriis sensibus visus et auditus*, et par suite revêt de l'authenticité ces trois seuls éléments, savoir :

1° Que tel jour et à telle heure ont comparu de-

1. Art. 145-6, 345, 363, du C. pén., combinés.
VAL. sur PROUDHON, I, p. 206 ; — DEMOL., t. I, nos 317-321 ; — MARCADÉ, sur l'article 45.

Digitized by Google

vant lui tels déclarants, accompagnés de tels témoins ;

2° Qu'ils lui ont présenté un enfant de tel sexe ;

3° Qu'ils ont signé avec lui ou déclaré ne savoir signer *après lecture faite* (art. 38).

B. — Quant aux autres déclarations, il n'a aucune connaissance de leur sincérité, il affirme seulement qu'elles lui ont été faites, et c'est seulement cette affirmation qui est authentique. Supposons, par exemple, que l'on conteste l'exactitude de la date que l'acte assigne à la naissance ; si l'on soutient que la date mentionnée n'est pas celle qui a été déclarée, on s'inscrira en faux ; si l'on soutient seulement que la date déclarée n'était pas la véritable, on fera la preuve de la prétention.

Ainsi la date vraiment certaine de la naissance, on peut dire que c'est celle de l'acte et non celle qui y est rapportée.

Les énonciations de cette seconde catégorie ne sont donc pas authentiques, mais elles font foi jusqu'à preuve contraire. Elles sont en cela supérieures aux énonciations non essentielles rapportées dans les autres actes authentiques, lesquelles ordinairement ne font foi qu'entre les parties (article 1320), mais cette exception est justifiée ici par l'intérêt général.

C. — Enfin les énonciations que l'acte de nais-

Digitized by Google

sance n'a pas pour but de constater et qu'on y a insérées à tort, n'ont aucune force probante, il suffit de leur opposer une dénégation pour les combattre : il en sera ainsi par exemple si l'on écrit que les auteurs de l'enfant sont mariés, sont encore mineurs, ou sont eux-mêmes nés de telles personnes.

L'enfant est maintenant en possession de la preuve de sa filiation et de son état civil, mais il faut qu'il en puisse justifier autrement que par les registres conservés dans les archives publiques par des fonctionnaires qui n'ont pas le droit de s'en dessaisir.

L'article 45 a pourvu à cette nécessité : « Toute personne pourra se faire délivrer par les dépositaires des registres de l'état civil des extraits de ces registres. Les extraits délivrés conformes... feront foi jusqu'à inscription de faux. »

Si l'on se reporte aux articles 1334 et 1335, on remarque que les copies ne dispensent pas de la production de l'original et qu'en principe elles ne font pas foi de leur contenu. L'article 45 contient une double dérogation à ces règles : l'extrait *conforme* fait foi comme l'original même.

Quelque simples que puissent paraître les termes de cet article, leur interprétation a donné lieu cependant à des controverses. Les extraits,

Digitized by Google

disent la plupart des auteurs[1], font foi de leur contenu *pourvu qu'ils soient conformes* aux registres ; cette conformité reconnue, ils ont la même valeur que l'original, contrairement à l'article 1335. Mais l'article 45 ne déroge pas à l'article 1334, et si cette conformité est contestée, il faudra, appliquant le principe général de ce dernier article, produire les originaux.

Non, répond très-justement M. Demolombe[2], l'article 45 déroge à l'article 1334 aussi bien qu'à l'article 1335. Qu'a-t-on voulu ? éviter à tout prix le déplacement difficile et périlleux des registres : dès lors, que signifie le texte ? que les extraits font foi de leur conformité, s'ils sont certifiés conformes, et comme d'autre part les originaux font foi de leur contenu, les extraits conformes auront la même force ; leur conformité ne pourra, comme l'acte même, être attaquée que par l'inscription de faux.

Si, comme le soutiennent les adversaires de cette théorie, la conformité peut être contestée, il n'y a d'autre moyen de la vérifier que de produire l'original, et le but de la loi est manqué ; aussi est-ce pour éviter ce résultat qu'elle a donné à l'extrait la même valeur qu'à l'original, pourvu que

1. Duranton, t. I, nº 299 ; — Delvincourt, t. I, p. 28, notes, et p. 54, notes ; — Maleville sur l'article 45 ; — Zachariæ, t. I, p. 147 ; — Aubry et Rau, t. I, p. 196 ; — Cass., 9 nov. 1846, Sir., 47, 1, 55.
2. T. I, nº 318.

Digitized by Google

la conformité soit attestée par le magistrat rédacteur de cet extrait. L'opinion contraire mènerait à ce résultat que l'extrait n'a plus aucune force, par suite il serait inutile.

On a soutenu aussi que l'extrait de l'article 45 n'a la valeur d'un acte authentique que si la signature de l'officier de l'état civil est légalisée. Cette opinion s'appuie sur ce que, à la différence de la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat (art. 28), l'article 45 du Code civil ne distingue pas et déclare la légalisation également nécessaire soit que l'acte de l'état civil ait été rédigé dans un arrondissement différent de celui où il est invoqué, soit qu'il ait été rédigé dans le même arrondissement [1].

Nous préférons le système qui raisonne ainsi : l'extrait revêtu de la signature de l'officier de l'état civil est authentique, la légalisation n'a et ne peut avoir qu'un effet, attester cette authenticité, mais non la créer. Les maires et adjoints sont trop nombreux pour que leurs signatures soient toujours connues, la légalisation ne fait que les certifier. Si donc un extrait est produit devant un tribunal, dépourvu de cette attestation, et que la signature soit connue du juge et non contestée, le but qu'aurait atteint la légalisation est rempli, et l'on passera outre à

1. *Sic* : Demol., t. I, n° 317 ; — Dur., t. I, n° 299.

Digitized by Google

l'exécution, parce que l'extrait est par lui-même authentique [1].

On comprend du reste le motif qui a fait introduire cette formalité : voilà une copie qui, contrairement à tous les principes, a la force d'un original, on ne saurait s'entourer de trop de précautions, et l'on explique ainsi que le président du tribunal soit appelé à certifier la sincérité de la signature de l'officier civil.

Il ne nous reste plus qu'à indiquer en quelques mots les moyens auxquels l'enfant, assisté de son tuteur [2], doit recourir pour obtenir la rectification des fausses énonciations de son acte de naissance.

L'intervention de la justice sera toujours nécessaire (art. 99). « Ce qui est écrit, est écrit », disait le tribun Siméon dans son rapport. L'intérêt public qui s'attache aux actes de l'état civil explique cette exigence : l'acte appartient à la société, à la famille, aux tiers aussi bien qu'à l'individu qu'il concerne ; dès qu'il est rédigé, il y a droit acquis pour tous ; pour qu'une modification survienne, il faut qu'elle soit préparée en présence du ministère

1. Merlin, *Rép.*, v° *Faux*, sect. 1, § 11 bis ; — Marc., sur l'article 45, n° 2.

2. Le mineur représenté par son tuteur peut agir en rectification de son acte de naissance : Paris, 10 août 1839. (D. Alph., v° *Actes de l'état civil*, n° 420, note.)

Digitized by Google

public qui représente la société, ordonnée avec la solennité des décisions de la justice [1].

Reprenons la division précédente, en trois classes, des énonciations de l'acte de naissance : on peut poursuivre la rectification d'une énonciation personnelle au rédacteur de l'acte, d'une énonciation qui lui est dictée par le déclarant, mais essentielle à l'acte, d'une énonciation étrangère à l'acte.

Dans le premier cas, on recourra à l'inscription de faux, ou l'on invoquera l'arrêt de la Cour d'assises rendu contre l'officier de l'état civil faussaire. Dans les deux autres cas, on poursuivra la rectification par une requête au président du tribunal, suivant les formes indiquées aux articles 855 et 856 du Code de procédure civile.

Mais si la mention dont on demande la rectification est celle de la filiation, l'action prend les noms d'action en réclamation d'état, en désaveu, et est régie par les règles du titre de la paternité et filiation. L'action en rectification n'est plus l'action principale, elle n'est que la conséquence de l'autre, et c'est accessoirement que le tribunal statuera sur cette demande en statuant sur la question d'état.

1. L'avis du Conseil d'Etat des 19 et 30 mars 1808 dispense d'un jugement quand il ne s'agit que d'erreurs dans l'écriture ou dans l'ordre des noms et prénoms. — Locré, t. III, p. 300.

Digitized by Google

Enfin dans tous les cas (857, Pr. civ.), l'acte dont le tribunal a déclaré les fausses énonciations ne subit aucune modification matérielle : mention est faite en marge des rectifications.

CHAPITRE IV

CRITIQUES.—DE LA PRÉSENTATION.—DU DÉFAUT DE GARANTIES DANS LA PERSONNE DU RÉDACTEUR DE L'ACTE

SECTION Ire

De la présentation

De quelques précautions que les législateurs de 1804 aient entouré l'acte de naissance pour mettre à l'abri des fraudes l'état civil de l'enfant, les règles qu'ils ont adoptées laissent cependant encore place à la critique ; et c'est de l'excès même de ces précautions qu'est née la prescription dangereuse, que l'usage a bientôt fait abandonner, mais dont l'oubli est peut-être plus périlleux encore : nous voulons parler de l'obligation imposée par l'article 55 aux déclarants de présenter à l'officier de l'état civil l'enfant qui vient de naître.

Nous indiquerons rapidement quels motifs avaient fait adopter la règle de la présentation ; quels inconvénients l'ont fait négliger ; quelle règle nouvelle pourrait lui être substituée.

Digitized by Google

§ 1er

MOTIFS

Les rédacteurs du Code civil ont eu pour but en écrivant l'article 55 de déterminer d'une manière certaine l'état civil du nouveau-né, et cela non-seulement dans son propre intérêt, mais aussi dans l'intérêt des familles, ou même du pays. La majorité par exemple, les successions feront naître des droits, le service militaire créera des obligations, pour lesquels deviendra nécessaire une constatation prompte et rigoureuse de l'âge. La déclaration immédiate de la naissance et la rédaction d'un acte s'imposaient. La déclaration a été considérée comme la chose essentielle, mais on reconnut que seule elle était un moyen insuffisant, qu'elle était sujette à des erreurs, qu'elle laissait place aux fraudes. « La naissance est un fait ; il doit donc être justifié à celui qui en donne acte ; l'enfant sera présenté à l'officier de l'état civil, » disait le rapporteur Siméon[1]. « L'enfant sera toujours présenté à l'officier civil ; cette formalité est nécessaire pour prévenir beaucoup d'abus, » lit-on encore dans l'exposé des motifs de Thibaudeau[2]. La pensée du législateur se dégage nettement de ces citations :

1. Locré, t. III, p. 208.
2. Locré, t. III, p. 141.

Digitized by Google

la naissance sera prouvée à l'officier de l'état civil par la présentation de l'enfant. « Si l'on ne s'attache en effet à cette sage précaution, que d'abus, que de fraudes sont possibles ! C'est ainsi que l'officier de l'état civil inscrira comme né d'hier un enfant âgé déjà de huit jours, d'un mois, d'un an peut-être ; qu'il constatera que l'enfant est d'un sexe tandis qu'il est de l'autre ; qu'il déclarera vivant un enfant qui n'aura jamais vécu, qui ne sera peut-être jamais né ; et toutes ces déclarations erronées seront un jour une source de désordres et de troubles pour les familles[1]. » Ces dangers et d'autres encore, il fallait les conjurer, on eut recours à la présentation. Malheureusement, cette formalité ne pouvait avoir les résultats avantageux qu'on en attendait ; bien plus l'exécution en devait être le plus souvent impossible, si bien que, au mépris de la loi, l'usage l'a fait abandonner.

§ 2

RÉSULTATS

Et d'abord le but de la loi n'est pas atteint.

A. — On a cru trouver dans la présentation une garantie suffisante de l'identité du nouveau-né. Sans doute l'officier de l'état civil reconnaîtra bien

1. Rieff, *Actes de l'état civil*, n° 118 ; — D. Alph., v° *Actes de l'état civil*, n°s 239 et 240.

Digitized by Google

si l'enfant qu'on lui présente vient de naître ou s'il est déjà âgé de plusieurs mois ; mais reconnaîtra-t-il celui qui n'a que deux ou trois jours de celui qui a plusieurs semaines? Et certes ce n'est pas un enfant de deux et trois ans qui sera substitué, comme l'écrit Dalloz[1], mais bien un enfant assez jeune pour que son âge ne puisse pas être facilement discerné. Un médecin seul pourrait distinguer la vérité.

Et cependant les questions de substitution et de supposition de part sont d'une haute importance. Une jeune femme meurt en couches, son enfant est mort avant elle, il s'agit d'un héritage considérable qui doit être dévolu à sa famille si elle ne laisse pas de descendants ; or on vient présenter à l'état civil un enfant qui n'est pas le sien, l'employé dresse l'acte et l'ordre de succession établi par la loi est interverti : c'est la famille du mari qui est assurée, au cas de décès de l'enfant substitué, de la fortune de la mère, et quoi qu'il arrive, la famille de celle-ci en est dépouillée. — Une femme perd son mari, elle simule une grossesse, l'on présente à l'officier un enfant étranger déjà présenté, déjà muni d'un état civil régulier, et la constatation de la naissance d'un posthume assure à la mère une fortune qui ne lui appartient pas.

1. D. Alph., *ibid.*

Digitized by Google

Ou bien elle était réellement enceinte, mais elle a mis au monde un enfant mort, et recourant à la même fraude, elle s'est encore acquis la jouissance ou la propriété des biens de son mari. — Ailleurs c'est une femme qui donne le jour à un enfant dont le sexe ne convient pas, on lui en substitue un autre : les droits de l'enfant légitime sont transportés à un étranger, et la loi, dont c'est le devoir, n'a su les lui conserver. — Ou bien encore on a omis de déclarer dans le délai légal la naissance du nouveau-né, et pour éviter les peines édictées par l'article 346 du Code pénal, on déclare comme né d'hier l'enfant qui a déjà huit jours, et peut-être cette fausse déclaration aura-t-elle eu pour effet d'anéantir ou de modifier des droits de famille ou de succession, des créances conditionnelles ou à terme. C'est peut-être même à dessein qu'on a tardé à déclarer la naissance de l'enfant né dans les derniers jours de décembre, afin de placer à l'année suivante la date de sa naissance et de cette manière lui faire gagner du temps pour le service militaire, pour les études, pour les concours.

Ainsi il se peut que le même enfant soit plusieurs fois présenté à l'officier de l'état civil sous des noms différents ; que des naissances imaginaires lui soient déclarées ; qu'un enfant d'un âge ou d'un sexe différent lui soit présenté à la place de celui qui vient de naître ou qui est déjà mort,

Digitized by Google

et le magistrat n'aura pu discerner ni la substitution, ni la supposition.

Supposons maintenant chez les déclarants l'absence de toute pensée frauduleuse, une erreur non moins grave est encore à redouter : dans maintes hypothèses, l'officier de l'état civil, en admettant même qu'il fasse découvrir l'enfant qui lui est présenté, pourra lui attribuer un sexe qui n'est pas le sien. Le fait n'est pas rare dans les annales judiciaires d'individus réclamant en justice un sexe différent de celui que leur assigne leur acte de naissance [1], et les ouvrages des médecins légistes rapportent nombre de cas dans lesquels la détermination du sexe a pu offrir, même pour les personnes de l'art, des difficultés qui avaient passé inaperçues sous les yeux de l'employé chargé de la présentation [2].

Mais on objectera que la déclaration est faite en présence de deux témoins, qu'ils attestent la sincérité des énonciations de l'acte. Nous répondrons que ces témoins n'ont pas assisté à l'accouchement, qu'ils peuvent être pris à la mairie (*Gaz. des Tribunaux* du 8 septembre 1845) ; et que dans

1. *Gazette des Tribunaux* du 23 sept. 1846.

2. Isid. Geoffroy-Saint-Hilaire, *Histoire générale des Anomalies de l'organisation chez l'homme*, t. II ; — Marc, *Dict. des Sciences médicales*, v° *Hermaphrodite* ; — *Bulletin de la Société de Médecine*, année 1815, n° 10 ; — Orfila, *Médecine légale* ; — Devergie, *Médecine légale*, t. I, ch. vii ; — Tardieu, *Question médico-légale de l'identité*.

Digitized by Google

la pratique ils ne font qu'assister à la rédaction de l'acte de naissance d'un enfant que le plus souvent ils n'ont même pas vu, dont ils ignorent le sexe et l'identité. Et d'ailleurs, l'auteur d'une fausse déclaration ne pourra-t-il pas acheter deux faux témoins?

Ce n'est pas seulement l'âge, ni le sexe qui échappent à la vérification de l'officier de l'état civil, c'est encore la viabilité, la vie même qu'il est incapable de discerner sûrement. Du point de savoir si l'enfant est né viable ou non dépendent une foule de conséquences importantes et par exemple celles qui sont écrites dans les articles 314, 725, 906 du Code civil. L'enfant qui n'est pas né viable ne peut être désavoué, l'enfant qui n'est pas né viable ne peut recevoir une succession, une donation ou un legs qui lui sont échus pendant sa vie *intra-utérine*. Au contraire a-t-il vécu, l'action en désaveu est possible; les hérédités ou libéralités ont été recueillies et le nouveau-né les a transmises à ses propres héritiers. Or, conformément aux prescriptions du décret du 4 juillet 1806, l'officier de l'état civil a écrit sur les registres qu'un enfant sans vie lui a été présenté. Sans doute, il ne résulte de l'acte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non, mais cependant, il est présumé mort-né, et si aucune action n'est introduite en justice pour faire recher-

Digitized by Google

cher et constater la vérité, l'enfant restera mort-né. Et cependant il a peut-être vécu quelques jours, et pour cacher un déshonneur ou recueillir une fortune le déclarant a peut-être commis un faux, mettant à profit cette circonstance heureuse d'une mort qui a suivi de près la naissance.

Résumons ces critiques : on voulait une déclaration rapide et fidèle, on eut recours à la présentation : la présentation laisse le champ libre à toutes les fraudes. Il n'est au pouvoir de l'officier civil de distinguer ni l'âge, ni le sexe, ni la vie ; tous les faux demeurent possibles, et ce que la loi avait pour devoir de protéger, l'identité du nouveau-né, reste malgré la présentation sans sauvegarde.

B. — La présentation n'est pas seulement une formalité illusoire, elle est une formalité périlleuse : elle compromet la vie du nouveau-né. Sans qu'il soit besoin de recourir à l'autorité des médecins et des traités où ils ont consigné leurs observations, on peut affirmer que l'enfant naissant a une existence très-précaire ; obligé tout-à-coup et sans transition d'entretenir lui-même ses fonctions vitales, il faut qu'il en puise lui-même les éléments dans l'air extérieur, et cependant la constitution de ses organes est très-faible ; pendant plusieurs jours au moins la vie est mal établie et les plus légères in-

Digitized by Google

fluences peuvent lui imprimer une direction funeste. Les variations atmosphériques sont surtout redoutables, et cependant avant le troisième jour l'enfant doit, de par l'article 55, être exposé à la rigueur de la saison, aux inconvénients d'un transport souvent long et difficile, surtout dans les communes rurales.

La loi du 20 novembre 1792, comprenant que ce déplacement pouvait être dangereux, avait prescrit à l'officier de l'état civil de se transporter au lieu où se trouvait le nouveau-né, « en cas de péril imminent » (titre III, art. 6). Le Code civil n'a pas reproduit cette disposition. Est-ce-à-dire qu'elle soit abrogée? Nullement. L'exposé des motifs de Thibaudeau en est la preuve : « L'enfant, dit-il, sera toujours représenté à l'officier de l'état civil, cette formalité est nécessaire pour prévenir les abus; *elle n'interdit pas à l'officier de l'état civil de se transporter vers l'enfant, suivant l'exigence des cas*[1]. » Il faut toutefois remarquer que ce qui lui était jadis prescrit n'est aujourd'hui pour lui qu'un devoir d'humanité abandonné à sa discrétion. Or, si nous jetons les yeux autour de nous, que verrons-nous le plus souvent? L'officier de l'état civil se transporter parfois, et de mauvais gré, au domicile de quelques parents qui, plus que tous les autres

1. Locré, t. III, p. 141 ; — D. Alph., v° *Actes de l'état civil*, n° 237.

Digitized by Google

peut-être, auraient eu les moyens de protéger le nouveau-né contre les intempéries de l'air. N'est-il pas à craindre, au contraire, que l'homme d'humble condition n'ose ou ne sache faire constater le péril, ne puisse décider l'officier civil à se transporter en sa demeure et ne porte enfin le nouveau-né à la mairie, mal vêtu, en danger de périr? Il fallut, le 19 juin 1862, une ordonnance sur référé du président du tribunal de la Seine, pour obliger un maire de Paris à se déplacer pour constater la naissance d'un enfant dont un médecin attestait pourtant la maladie [1]. Une lettre de M. Elie Paillet, insérée dans le journal *le Droit*, du 20 janvier 1867, constate un fait analogue [2]. Les exemples de refus semblables pourraient se multiplier; et combien sont inconnus, auxquels il faut encore ajouter tous les cas où la constatation à domicile n'a pas été réclamée alors que la nécessité s'en imposait.

Mais aussi, ne l'oublions pas, et cela vient à la décharge de l'officier de l'état civil, il lui serait, surtout dans une grande ville, difficile de se transporter près de chaque nouveau-né. Ces transports absorberaient tout son temps que réclament aussi les affaires administratives. Et puis, il ne peut y

1. *Gazette des Tribunaux* du 20 juin 1862.

2. Adde, Décision sur référé du Prés. du Trib. de la Seine du 14 mai 1868, *Le Droit*, n° du 17 mai 1868; — *Moniteur des Tribunaux* du 13 nov. 1868, un article de Chauveau-Adolphe.

Digitized by Google

avoir qu'un registre des naissances (art. 40, 42, C. civ.), pendant que ce registre serait au dehors, comment constaterait-on les naissances qui viendraient à être déclarées à la mairie? Ajoutons enfin que ces déplacements sont contraires à la bonne tenue et à la conservation de ces registres.

Ainsi, et sans insister davantage, nous pouvons le proclamer, la présentation de l'enfant à la mairie dans les premiers jours de sa vie compromet toujours sa santé, souvent son existence. La constatation à domicile par l'officier civil ne lui est prescrite qu'à titre exceptionnel; prescrite d'une manière uniforme (et l'intérêt de l'enfant l'exigerait), elle lui serait onéreuse; disons-le, il ne suffirait pas à la tâche et les registres enfin ne résisteraient pas à des déplacements répétés.

C. — Aussi quelle pratique s'est bientôt établie? l'enfant ne peut être transporté ! on le déclare sans le présenter, et de ce chef l'article 55 est violé. Si la vie de l'enfant n'est plus mise en péril, à quel désordre l'état civil n'est-il pas abandonné ?

Le premier venu assisté de deux témoins peut, à la condition de justifier de son domicile devant un commissaire de police, venir déclarer la naissance d'un enfant imaginaire et il sera authentiquement constaté que tel jour, par tel individu, un enfant a été présenté à l'officier de l'état civil

Digitized by Google

qui a reconnu son sexe ! et les auteurs de cette stupide plaisanterie n'ont guère à redouter la peine de leur faux : avant une vingtaine d'années, avant l'âge des obligations militaires, nul ne s'enquerra de l'enfant dont l'acte de naissance dormira dans les archives de la municipalité. Bref, comme le disait Thibaudeau, la naissance doit être justifiée à celui qui en donne acte, et parce que le mode de justification adopté s'est trouvé impraticable, tout contrôle, toute garantie a disparu. Ce qu'un employé a écrit sur la foi de gens qui lui sont inconnus est devenu authentique, et il faudra l'intervention de la justice pour l'annuler si jamais la fraude apparaît.

C'est depuis de longues années que la présentation est tombée en désuétude. Dès 1844, Rieff écrivait que cette disposition de la loi avait cessé d'être observée « dans un grand nombre de communes[1]. » En 1850, au cours d'une discussion à l'Académie de médecine, l'un de ses membres constatait « que l'article 55 reste sans application dans la plus grande partie de la France[2]. En 1867, la présentation était inobservée dans la plupart des villes[3]. Aujourd'hui même une réforme est encore

1. *Des Actes de l'Etat civil*, n° 118.

2. Mémoires de l'Acad. de Méd., séance du 11 juillet 1850, discours de M. Bouvier.

3. Il faut en excepter Douai, Versailles, Carcassonne, Arras, Lyon et quelques autres qui ont adopté des réformes.

Digitized by Google

attendue malgré les vœux émis en 1845 et 1847 par les Conseils généraux de la plupart des départements, malgré les vœux du Conseil général de la Seine, maintes fois renouvelés de 1845 à 1852, malgré les votes du Sénat qui, en 1863 et 1867, appelèrent l'attention des ministres compétents sur la nécessité « d'étendre à toute la France un système qui avait été déjà heureusement appliqué dans plusieurs villes [1]. »

§ 3

RÉFORMES PROPOSÉES

Les corps médicaux, les jurisconsultes, les assemblées départementales, l'opinion publique en un mot s'est émue d'une situation qui peut se résumer ainsi : on constate tout ce qu'il plaît au premier venu de déclarer, sans rien vérifier, sans rien pouvoir vérifier ; on donne également l'authenticité au vrai et au faux. D'une part, une loi restant sans application est violée impunément [2] ; d'autre part, elle est reconnue nécessaire ; le principe est incontestable, l'application est inadmissible ; une simple amélioration est urgente et les années s'écoulent sans qu'elle apparaisse.

1. Séance du Sénat du 24 mai 1867, rapport du baron Brenier (*Moniteur* du 25).

2. L'article 346 du C. pén. punit le défaut de déclaration, or, la

Digitized by Google

Une innovation bien simple cependant s'impose, c'est celle qu'avaient adoptée déjà plusieurs villes et qu'a prescrite pour son département le Préfet de la Seine dans ses deux arrêtés du 29 décembre 1868[1], c'est la constatation à domicile des naissances par un médecin délégué de l'officier de l'état civil. Le même médecin qui constate les décès constatera les naissances ; ou même tous les médecins de la commune les constateront concurremment, et celui qui aura secouru l'accouchée certifiera la naissance comme le médecin qui a soigné le malade certifie le décès. Le certificat ainsi délivré tiendra lieu de la présentation, les personnes visées par l'article 56 du Code civil n'auront plus qu'à s'en munir pour faire la déclaration qui leur est prescrite. Ainsi seront conciliés et les intérêts de la société et ceux de l'enfant, les faux ne seront plus à redouter, l'état civil et la santé du nouveau-né seront sauvegardés.

L'âge de l'enfant sera reconnu par le médecin ; le sexe lui paraît-il ambigu, il l'indiquera en son certificat et l'on provoquera une expertise médicale ; l'enfant est-il mort-né, né viable ou non, l'examen du cadavre lui révèlera bientôt la vérité. De cette manière les suppositions de part devien-

déclaration ne se sépare pas de la présentation ; Cass., 21 juin 1833, D. Alph, v° *Actes de l'état civil*, n° 238.

1. D. P., 1871, 3, 41.

Digitized by Google

dront impossibles, l'examen de la prétendue accouchée faisant aussitôt connaître la fraude ; les substitutions deviendront difficiles, le rédacteur du certificat n'étant autre que l'homme de l'art qui aura assisté à l'accouchement. Ainsi plus d'erreurs de la part de l'officier de l'état civil, et le transport du nouveau-né sera évité.

On a élevé plusieurs objections contre ce système.

On a dit que c'était violer l'article 55 qui veut que l'enfant soit présenté à l'officier de l'état civil, et non pas à un médecin dont l'attestation ne peut revêtir un caractère authentique.

Il faut répondre que ce système a précisément l'avantage d'éviter la modification toujours grave d'un article du Code, sans qu'il soit en opposition avec cet article. En effet, en ce qui concerne les actes de décès, l'article 77 prescrit à l'officier de « se transporter » auprès de la personne décédée pour s'assurer de son décès, et cependant partout c'est un médecin qui est délégué, personne n'a cependant prétendu que l'on violât ainsi la loi. Or, l'article 55 est bien moins explicite.

On ne peut donc méconnaître que le législateur, aussi bien à propos des actes de naissance qu'à propos des actes de décès, a abandonné au pouvoir administratif la réglementation des détails, et aucun des textes du Code ne spécifie dans quelles

Digitized by Google

conditions s'effectuera la présentation. Cette formalité est exigée, voilà tout; le magistrat l'accomplira soit par lui-même, soit par son délégué, pour le mieux des intérêts de tous, et dans le dernier cas, s'appropriant la constatation de ce délégué il la revêtira de l'authenticité.

Du reste, la légalité de la présentation à un délégué, et à domicile, n'est plus contestée aujourd'hui.

On a dit encore que la visite d'un médecin vérificateur au domicile des accouchées pourrait exposer les familles à des révélations dangereuses.

D'abord, il faut bien reconnaître que le transport de l'enfant à la maison commune est bien plus favorable à la divulgation du secret qu'une simple constatation à domicile qui peut se faire à l'insu de tous. Et d'ailleurs le médecin se ferait représenter l'enfant, mais n'aurait aucun rapport avec la mère qu'il ne verrait même pas. Celle-ci du reste a été assistée par un médecin, une sage-femme, la rédaction qu'ils feraient d'un certificat ne modifierait pas le secret dont on se serait entouré. Et puis enfin la présentation à la mairie n'en reste pas moins licite, libre aux déclarants de transporter l'enfant, s'ils le préfèrent [1].

On a objecté les difficultés pratiques : dans les grandes villes, les naissances sont fréquentes, il

1. Arrêtés du Préfet de la Seine du 29 décembre 1868, D. P., *loc. cit.*

Digitized by Google

faudrait un personnel nombreux pour suffire à toutes les constatations. Mais le médecin de la famille suffira, comme il suffit pour constater le décès. Si quelques villes délèguent des médecins spéciaux pour les décès, il ne sera guère plus difficile d'en faire autant pour les naissances.

Dans les communes rurales, dit-on, les distances sont trop grandes, le médecin délégué aurait un service difficile à accomplir. Mais si l'enfant est plus longtemps exposé aux dangers du transport, il faut d'autant plus le lui éviter. De pareilles objections ne méritent pas que l'on s'y arrête, et les invoquer c'est reconnaître qu'on n'en saurait opposer de sérieuses.

Ainsi le système proposé réunit tous les avantages : la naissance n'est pas seulement déclarée, mais prouvée ; toutes les énonciations de l'acte qui sont l'œuvre personnelle du magistrat sont vérifiées par un mandataire compétent, dont l'honorabilité, la prudence, la sincérité sont certaines ; la vie, la santé de l'enfant ne sont plus mises en péril ; les fraudes sont écartées ; les registres ne sont pas déplacés. Un mode de constatation aussi sage devrait être imposé à toutes les municipalités. Vainement par sa circulaire du 9 avril 1870, le Ministre de l'Intérieur a appelé l'attention des Préfets sur l'opportunité des réformes, leur recommandant d'engager les maires de leurs départements à s'ins-

Digitized by Google

pirer des règlements adoptés par le Préfet de la Seine[1]. Si quelques municipalités ont entendu ces conseils, nous pouvons dire que, dans beaucoup de grandes villes et dans presque toutes les communes rurales, les anciens errements sont toujours restés en vigueur. Cependant la nécessité des améliorations est manifeste, les avis et les circulaires sont impuissants contre la routine et de mesquines économies ; ce qu'il faut aujourd'hui, c'est un règlement d'administration publique étendant les dispositions des arrêtés du 29 décembre 1868 à toutes les communes de France, la mesure est urgente et nous l'appelons de tous nos vœux[2].

SECTION II

Défaut de garanties dans la personne du rédacteur de l'acte

Une autre critique nous paraît devoir être dirigée contre le mode de constatation des actes de l'état civil : le rédacteur de ces actes ne présente pas des garanties suffisantes de capacité. Mais c'est à l'application pratique de la loi et non à la loi elle-même que ce reproche s'adresse.

Il ne faut pas méconnaître pourtant que la loi de pluviôse an VIII, qui nous régit aujourd'hui, a

1. D. P., 1871, 3, 41.
2. Les réformes n'ont été adoptées à Rouen qu'en 1879.

Digitized by Google

montré moins de prévoyance que la loi du 20 septembre 1792. Celle-ci confiait bien aux municipalités le soin de recevoir et de conserver les actes (art. 1), mais elle voulait que le Conseil général du canton choisît un ou plusieurs de ses membres qui rempliraient spécialement les fonctions d'officier de l'état civil, et ce n'était qu'en cas d'absence ou d'empêchement de cet officier commis que le maire ou un autre membre du Conseil pouvait recevoir les actes (art. 2 et 3).

Depuis la loi du 28 pluviôse an VIII, les maires, par cela seul qu'ils sont maires, sont officiers de l'état civil, cependant leur capacité n'est pas toujours la cause principale de leur élection, et dans nombre de communes, ils se trouvent peu propres à remplir cette partie de leurs attributions ; ou bien leurs occupations administratives absorbent tout leur temps, ils négligent l'état civil et en abandonnent la direction à des commis. Et cependant dans le Conseil de la commune siégent des personnes à qui leur capacité peut-être, leurs loisirs certainement permettraient de diriger et de surveiller d'une manière beaucoup plus efficace la rédaction des actes, ou même de s'acquitter personnellement de leurs fonctions, au lieu de les remettre à un simple employé.

Telle est en effet la pratique dans toutes, ou si l'on veut, dans presque toutes les communes de

Digitized by Google

France : un commis qui n'est investi d'aucun caractère officiel, dont rien n'atteste l'instruction, la capacité, dont aucun serment ne garantit la fidélité, reçoit les actes de l'état civil, les rédige, leur donne la force authentique, et de temps en temps les soumet en masse à la signature de l'officier civil. Encore arrive-t-il parfois que celui-ci vient à mourir et laisse non signés un grand nombre d'actes. Il faut alors recourir à des enquêtes et à des jugements pour obtenir la rectification de ces actes incomplets [1]. Un jugement intervient alors, ordonne qu'ils seront signés par le nouveau titulaire des fonctions et constate publiquement cette violation inouïe des lois : qu'un officier public ne s'est pas acquitté de ses devoirs, que des actes authentiques ont été reçus et rédigés par un commis salarié, que l'officier n'a jamais connu l'acte qui le proclame pourtant son auteur [2].

Souvent, d'ailleurs, les employés commettent une foule d'erreurs, de fautes de rédaction ; l'orthographe est blessée, les noms sont défigurés, les prénoms sont altérés ou des prénoms inconnus sont inscrits [3].

1. Art. 46, 99, 100 du C. civ.; — Lettres du Min. de la justice, des 14 et 20 août 1877, insérées dans le *Bulletin officiel* du Ministère de la Justice, année 1877, p. 122.

2. Trib. de Bernai, 10 juillet 1878, jugement rectifiant 153 actes sans signature.

3. La loi du 11 germinal, an XI (art. 1er), prescrit à l'officier de

Digitized by Google

Ce n'est pas tout. Ici un comparant se déclare possesseur d'un titre nobiliaire, l'employé qui reçoit l'acte, soit par ignorance, soit par faiblesse, mentionne le titre ; ou bien demandant une justification, il en accepte une qu'il ne sait contrôler ; plus tard, l'enfant, se conformant d'ailleurs aux lois et règlements qui défendent de porter d'autres noms et titres que ceux que lui assigne son acte de naissance [1], se prévaudra de cette énonciation pour usurper et transmettre des distinctions qui ne lui appartiennent pas [2].

Ailleurs le rédacteur de l'acte de naissance refusera de mentionner des titres, quoique la propriété en soit attestée par des documents certains, dont

n'accepter que des noms en usage dans les différents calendriers, ou ceux des personnages connus dans l'histoire ancienne. Un jugement du Tribunal de la Seine, du 2 avril 1870, a décidé qu'un maire de Paris avait été fondé à refuser d'inscrire le prénom de Mélida ; dans une commune rurale, on n'eût vraisemblablement pas fait de difficulté. Du reste, il suffit d'ouvrir les registres de ces communes pour y lire les prénoms les plus étranges, ou bien des prénoms connus singulièrement défigurés, comme Arnest, Bézamin, Umésiphore, Vadesti, Oculi, etc. Quand la rectification en justice n'a pas été demandée, les pièces officielles reproduisent textuellement ces dénominations.

1. Loi du 6 fructidor, an II, art. 1, 2, 4 ; — Art. 239 du C. pén. ; — Arrêts de Cassation des 5 janv. 1861 et 28 sept. 1865. — Les circulaires du garde des sceaux des 22 juillet 1874, 27 août 1874, 26 juillet 1879, témoignent des difficultés que présente la justification d'un titre et sont, par suite, une nouvelle preuve de la parfaite incompétence d'un commis.

2. A moins qu'une partie intéressée, réclamant pour elle seule le droit de porter ce titre, n'obtienne en justice la rectification de l'acte de naissance : la contestation se produira rarement.

Digitized by Google

il serait du reste incapable de contrôler l'authenticité, le sens ou la portée, et l'enfant obligé de ne porter que les noms inscrits en son acte de naissance sera privé de titres qui lui appartiennent légitimement, ou bien se verra dans la nécessité d'introduire en justice une demande en rectification.

En un mot, rien n'est plus déplorable que cet usage qui remet à un simple employé les fonctions de l'officier de l'état civil. C'est devant un notaire, et non devant son clerc; devant un greffier et non devant son expéditionnaire; devant le juge et non devant son greffier que comparaissent les contractants, plaideurs ou autres; et parce qu'au lieu d'intérêts pécuniaires il s'agit de l'état civil lui-même du citoyen, l'usage tolérerait de pareils abus !

Que le maire s'acquitte lui-même des devoirs que la loi lui impose; si ses nombreuses attributions ne lui laissent pas le temps de satisfaire à toutes en personne, que son suppléant ait un titre légal et officiel, qu'un délégué capable et assermenté le substitue si l'on veut, comme le commis-greffier substitue le greffier en chef, mais que l'acte de naissance cesse d'être avec l'acte de décès le seul acte authentique qui ne soit pas réellement reçu par un officier public compétent (art. 1317).

Digitized by Google

TITRE II

DE LA PERSONNE DE L'ENFANT

A peine l'enfant est-il venu au monde qu'il réclame des secours de toute nature ; incapable d'entretenir même sa vie, il succomberait au bout de peu d'instants s'il ne recevait aussitôt les soins que nécessite son dénuement. Plus tard, lorsque les premières lueurs de son intelligence commenceront à briller, apparaîtront en même temps les germes des bons et des mauvais instincts également déposés en lui ; les notions encore confuses du bien et du mal, ou même de l'intérêt ne pourront se développer si quelqu'un ne prend soin de son esprit comme on aura fait de son corps.

« Nous naissons faibles, nous avons besoin de forces ; nous naissons dépourvus de tout, nous avons besoin d'assistance ; nous naissons stupides, nous avons besoin de jugement[1]. » Tout cela, c'est l'éducation qui nous le donne. Être nourri,

1. J.-J. Rouss., *Emile*, liv. I.

Digitized by Google

vêtu, protégé ; être guidé, soutenu, réprimé, constituent les besoins de l'enfant ; les réclamer, c'est son droit. En sens inverse, il a un devoir, l'obéissance. Mais à qui demander ces secours, à qui soumettre sa personne ? Le droit naturel répond : à ses auteurs. Vainement quelques philosophes, pour lesquels vraiment semble fait le nom d'idéologues, ont-ils pu soutenir que l'enfant appartenait à l'État avant d'appartenir à ses parents. Sans prendre plus longtemps la peine de répondre à ces théoriciens, concluons tout de suite avec Montesquieu, « la puissance paternelle est la plus légitime des autorités[1] ; » le père est le premier guide et le premier maître de l'enfant.

Mais la mort des parents met fin à la puissance paternelle et cependant il faut encore prendre soin de l'enfant. Toutes les législations l'ont reconnu, et l'on a vu que Rome même qui se souciait si peu de la personne de l'enfant n'avait pas négligé d'organiser tout un système de tutelles en sa faveur. La loi française s'est inspirée de la loi romaine, et tenant compte des changements introduits dans nos mœurs ou dans la constitution de la famille, en a reproduit les principales dispositions. Ainsi l'éducation physique et morale de l'enfant ne sera pas négligée : le père mort, le tuteur lui succède.

1. *Lett. pers.*, CXXIX.

Digitized by Google

Cependant, du vivant même de ses auteurs, l'enfant doit quelquefois être confié à un tuteur. Des parents dénaturés, oublieux de leurs devoirs les plus sacrés, rejettent parfois loin d'eux et abandonnent l'enfant qu'ils ont mis au monde. La société a dû venir au secours de ces malheureux êtres, victimes quelquefois de la pauvreté, presque toujours de la débauche. Rome permettait à leurs auteurs de s'en débarrasser, on les exposait : les sociétés chrétiennes sont venues au secours de l'enfant trouvé. Des asiles, des hôpitaux se sont ouverts, où recueilli et élevé, il trouve les soins que réclame sa faiblesse. La direction de sa personne et de ses biens, s'il lui en échoit quelques-uns, est remise à des tuteurs nommés par l'autorité administrative, et les règles ordinaires de la tutelle sont encore celles de cette tutelle exceptionnelle [1].

Ainsi, deux situations doivent être distinguées. Pendant le mariage, c'est-à-dire du vivant des deux époux, c'est au père que l'enfant est soumis, et cette autorité du père de famille est réglementée par le titre du Code civil *de la puissance paternelle*. Après la dissolution du mariage, le tuteur est substitué au père, et les règles qui le concernent se trouvent au titre *de la tutelle*. Nous diviserons

1. Loi du 15 pluviôse an XIII ; décret du 19 janv. 1811, art. 7 à 10, 15 à 20 ; — Arrêté du 30 ventôse an V.

Digitized by Google

donc cette étude en deux parties correspondant à cette double condition de l'enfant, pendant et après le mariage.

CHAPITRE Ier

PENDANT LE MARIAGE — PUISSANCE PATERNELLE

Les devoirs que la puissance paternelle impose à l'enfant nous paraissent pouvoir se résumer à deux termes, le respect et l'obéissance. Le respect, c'est-à-dire ce culte, cette déférence que la loi morale réclame de lui en faveur des auteurs de ses jours, et la reconnaissance dont il doit payer une affection et des bienfaits incessants. Ce premier devoir de l'enfant portera plus tard un autre nom, la piété filiale. — L'obéissance, c'est-à-dire la soumission, non-seulement à sa volonté, mais encore à ses décisions en matière d'éducation (art. 371 à 374).

En sens inverse, l'enfant en faveur de qui surtout a été organisée la puissance paternelle, possède un droit : celui d'être entretenu et élevé ; l'éducation physique et morale sont en effet une dette des parents, la direction en est seulement laissée à leur libre appréciation (art. 203 et 385).

Enfin les devoirs de l'enfant ont dans le Code civil une sanction, le droit de correction, droit qui remet au père un moyen énergique de réprimer les

Digitized by Google

graves écarts ou l'insubordination de son enfant (art. 375 et seq.)

SECTION Ire

Devoirs de l'Enfant

§ 1er

DEVOIR DE RESPECT

Ce premier devoir est écrit dans l'article 371 : « l'enfant à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » ; à tout âge, ainsi que l'a fait observer l'orateur du gouvernement, Réal [1], et non pas seulement à ses père et mère, mais à tous ses ascendants (art. 150, 205). C'est le précepte du Deutéronome, *honora patrem tuum et matrem* [2].

On a contesté l'utilité de cet article ; en l'écrivant « le législateur, dit Réal, a obéi à la nature et à la morale. » Or, le Code est un traité de droit positif et non un livre de morale.

D'ailleurs, le précepte ne trouve sa sanction dans aucun texte de loi ; il n'est qu'une déclaration platonique, un hommage à la morale, partant il est inutile.

Ces critiques ne sont pas sans valeur. Mais aussi il faut observer qu'il est d'une bonne logique d'écrire

1. Locré, t. 7, p. 59.
2. Ch. V, v. 6.

Digitized by Google

le principe fondamental dont les conséquences vont ensuite être érigées en texte de loi : en tête du titre de la puissance paternelle le législateur écrit que la morale sera son guide et qu'il en déduira les dispositions qu'il va adopter. C'est ce qu'a déclaré Bigot de Préameneu au Conseil d'Etat : « Cet article contient le principe dont les autres ne font que développer et fixer les conséquences, et d'ailleurs, en beaucoup d'occasions il deviendra un point d'appui pour le juge [1]. » C'est ainsi que les articles 372 et seq. déclarent que l'enfant sera soumis à l'autorité de son père, ne pourra quitter, sans permission, le domicile paternel, pourra être réprimandé par son père et même être incarcéré sur sa demande. C'est encore ainsi que les enfants doivent des aliments à leurs ascendants qui sont dans le besoin (art. 205), qu'ils sont tenus avant de contracter mariage d'obtenir leur consentement (art. 148 à 153) ; que le fils ne peut être admis dans les ordres sacrés, la fille dans une congrégation religieuse, s'ils ne rapportent le consentement de leurs père et mère (Décrets du 28 fév. 1810 et 18 février 1809) ; que les ascendants peuvent former opposition au mariage de leurs descendants, sans justifier d'aucun motif (art. 173, 176) ; que leurs enfants ne peuvent se donner en adoption sans leur consentement (346). Evidemment, toutes

1. Locré, t. 7, p. 28.

Digitized by Google

ces règles sont des corollaires du précepte de l'article 371.

Le principe du reste peut, comme le disait Bigot de Préameneu, devenir en beaucoup d'occasions un point d'appui pour les juges. Il nous semble par exemple que c'est à bon droit que la Cour de Bastia avait décidé que l'enfant ne peut exercer la contrainte par corps contre ses parents [1], décision que s'est appropriée le rédacteur de la loi du 17 avril 1832 sur la matière (art. 19). — Demante considère l'article 371 comme un avertissement donné aux enfants de conformer leurs actes à ces sentiments que seule la loi naturelle commande, et comme un moyen pour le juge d'empêcher et de réprimer les infractions [2]. L'injure, la diffamation commises par l'enfant à l'égard de son père motiveront un redoublement de sévérité dans l'application de la loi; c'est du reste ce que le Code pénal a fait lui-même quand il a qualifié crimes les violences exercées sur des ascendants, alors qu'exercées sur toute autre personne elles n'eussent constitué que des délits.

M. Demolombe, quoique opposé à l'extension de l'article 371 qui ne lui paraît pas susceptible d'avoir « d'autres conséquences obligatoires que celles que la loi en a positivement déduites, »

1. D. Alph., v° *Minorité*, n° 734, note.
2. Demante, *Programme*, t. 2, n° 363.

Digitized by Google

reconnaît cependant que « c'est seulement dans les cas douteux que cet article pourra faire pencher la balance contre l'enfant en faveur de l'ascendant, » et il ajoute que « dans tous les cas, par exemple, les enfants devront s'abstenir dans les procès qu'ils pourraient avoir à soutenir contre leurs ascendants de tous ces termes blessants, de toutes ces injures que les plaideurs se prodiguent si souvent les uns aux autres, et que l'ascendant insulté par quelque outrage de ce genre devrait obtenir des dommages-intérêts, s'il prenait à cet effet des conclusions[1]. »

Tel est, en effet, le véritable sens de l'article 371. D'une part, le législateur l'a posé comme une prémisse, dont il a déduit, soit dans les articles qui suivent, soit en divers autres textes, des règles qui ne s'expliquent que par le respect dû aux ascendants ; d'autre part, s'il est vrai qu'il ne faut pas d'une manière absolue s'emparer de cet article pour créer contre l'enfant au regard de ses parents des défenses et des prohibitions que le Code n'a pas admises d'une manière formelle, il faut bien reconnaître qu'il laisse au juge une certaine liberté d'appréciation et lui permet, en fait, d'avoir tel égard que de raison aux actions, réclamations, témoignages dirigés par l'enfant contre ses père et mère, ou de réprimer plus sévèrement les délits

1. Demol., t. VI, nos 275 à 278.

Digitized by Google

commis contre eux. Encore une fois, on ne peut poser un principe absolu soit pour limiter, soit pour étendre l'effet de l'article 371, c'est en fait qu'il faut l'étudier; le principe qu'il consacre servira au juge à décider les cas douteux, confirmera des présomptions, interviendra dans les motifs du jugement, dans l'évaluation de la peine.

C'est à notre avis l'opinion qui ressort des paroles du tribun Vesin : « quoique cet article ne contienne pas, à proprement parler, de disposition législative, et que, sous ce rapport, dans la discussion du Conseil d'Etat, il ait été proposé de le rejeter, on a observé, avec raison, que les auteurs du projet avaient cru utile de placer à la tête du titre les devoirs que la qualité de fils impose, de même que dans le titre du mariage on a inséré une disposition qui retrace les devoirs des époux ; *et que cet article, contenant d'ailleurs les principes dont les autres ne font que développer les conséquences, doit devenir un point d'appui pour les juges. Ces observations ont été accueillies* [1]. »

§ 2

DEVOIR D'OBÉISSANCE

Ce devoir a pour corrélatifs les droits d'autorité et de garde qui appartiennent au père sur la per-

1. Locré, t. 7, p. 67.

Digitized by Google

sonne de son enfant. Comment s'exerce cette autorité, quelles en seront les règles, les attributs, les limites? La loi n'a pas pu prendre soin de ces détails; elle devait sur ce point s'en remettre aux mœurs, aux usages, aux habitudes des familles, à l'affection du père. Lui seul, en effet, peut discerner l'intérêt de son enfant suivant son caractère, ses aptitudes, ses bonnes ou ses mauvaises dispositions. Un seul point devait être fixé par la loi, la date à laquelle cette autorité prendrait fin, c'est l'objet de l'article 372 : « l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation. » A cette date, en effet, les devoirs de respect, d'honneur, de déférence subsistent seuls, mais l'éducation est terminée; l'adolescent est entré en pleine possession de ses facultés, et sa conduite n'est plus justiciable, au moins en droit strict, que de sa conscience; ce serait peut-être toutefois manquer aux devoirs qui survivent que de ne pas vouloir entendre, même alors, des avis ou des conseils.

L'enfant est donc placé sous la dépendance directe et immédiate du père de famille; la principale application de ce principe, et elle contient toutes les autres, est écrite dans l'article 374 « l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père. » C'est encore ce que dit l'article 108 « le mineur non émancipé aura son

Digitized by Google

domicile chez ses père et mère ou tuteur. » L'enfant doit résider chez son père, ou plutôt au lieu que celui-ci lui aura assigné, que ce soit le domicile paternel ou que ce soit la pension, la maison d'apprentissage, la maison d'un parent ou d'un ami. « Du droit qu'ont les père et mère, remarque Pothier, de gouverner la personne et les biens de leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes, il résulte que les père et mère ont le droit de retenir leurs enfants auprès d'eux ou de les envoyer dans tel collége ou autre endroit qu'ils jugeront à propos de choisir pour leur éducation [1]. »

La fin de l'article 374 admet une exception à ce devoir de la résidence, dans le cas où l'enfant veut s'enrôler dans l'armée, mais seulement s'il a atteint l'âge de 18 ans révolus. Cette exception est grave puisqu'elle offre au jeune homme le moyen d'interrompre son éducation et de se soustraire à la direction paternelle ; elle a cependant toujours été consacrée par nos diverses législations, et Pothier la justifie par « l'intérêt public, qui l'emporte alors sur l'intérêt particulier des père et mère [2]. » La loi du 21 mars 1832, sur le recrutement de l'armée, a seulement élevé de 18 à 20 ans l'âge à partir duquel le jeune homme peut s'engager sans jus-

1. *Traité des Pers.*, 1re partie, tit. 6, sect. 2.
2. POTHIER, *ibid.*

Digitized by Google

tifier d'aucun consentement ; cette disposition a été reproduite par la loi militaire du 27 juillet 1872 (art. 46).

Si l'enfant quitte la résidence qui lui a été assignée, le père a-t-il quelque moyen de l'y faire rentrer ? Un premier point est certain, c'est que le droit de garde serait illusoire si le père n'avait pas le pouvoir de faire réintégrer l'enfant déserteur dans le lieu où il l'avait placé, s'il ne pouvait le retirer des mains du tiers qui le retiendrait de gré ou de force. « Le fils, dit le premier Consul, ne peut sans le consentement de son père quitter la maison paternelle ni voyager ; s'il se le permet, le père a le droit de le faire ramener, » et cette proposition ne fut pas contredite [1]. Ainsi le père peut agir contre l'enfant par la force armée, *manu militari*.

Mais à quelle procédure recourir ? Le titre de la puissance paternelle n'a pas prévu la question. Faudra-t-il donc obtenir un jugement contre l'enfant vagabond ou contre le tiers qui le détourne ? on bien une simple ordonnance du Président suffira-t-elle à mettre en mouvement la force publique ? Puisque une ordonnance suffit aux termes des articles 376 et seq. pour faire détenir l'enfant dans une maison de correction, on peut dire à plus

1. Locré, t. 7, p. 20.

Digitized by Google

forte raison qu'elle suffira pour le faire arrêter et reconduire dans la maison paternelle. D'ailleurs le père a dans l'article 374 un titre, la loi, auquel il ne manque que la force exécutoire et il appartient au Président de le compléter en rendant une ordonnance. « La proposition est incontestable, ajoute M. Demolombe, dans les cas d'urgence, et le Président pourrait alors rendre une telle ordonnance par voie de référé. » Mais bien plus, il y a toujours urgence, car le droit de garde ne peut, à moins d'indignité de la part du père, souffrir d'interruption [1].

L'enfant sera donc réintégré dans la maison paternelle, mais il faut prendre garde de dépasser le but : au père de famille appartiennent le devoir d'élever et de diriger, l'autorité, la garde ; mais il ne lui est pas permis, soit par forme de châtiment, soit par mesure préventive, de recourir à une séquestration arbitraire. La liberté de l'enfant est inaliénable et le père doit la respecter. Nous distinguerons bientôt les limites qui séparent le droit de réprimande des abus ou délits contre la personne de l'enfant; si en effet ce dernier a des devoirs vis-à-vis de ses parents, il possède aussi des droits, et le père outrepasse ses pouvoirs dès qu'il porte atteinte à ces droits.

1. Debelleyme, *Ordonn. sur requête*, t. 1, p. 417; — Demol., t. vi, nos 307-8.

Digitized by Google

SECTION II

Droits de l'Enfant

Il y a, ce semble, quelque inconvenance à écrire que l'enfant possède des droits à l'encontre de ses parents, car la possession d'un droit et la subordination sont deux qualités qui paraissent incompatibles, et le fils qui se prévaudrait d'un droit vis-à-vis de son père manquerait certainement à la respectueuse obéissance dont il ne doit se départir jamais. Cependant si c'est un droit dépourvu de sanction et dont l'exercice peut être difficile, le droit n'en existe pas moins, car c'est le corrélatif d'un devoir que la nature impose au père de famille, l'éducation. Le précepte de la nature a d'ailleurs été consacré par la loi postive, l'article 203 du Code civil est ainsi conçu: « Les époux contractent ensemble par le fait seul du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. »

L'obligation est commune aux deux époux, chacun en ce qui le concerne doit s'efforcer de s'en acquitter. Seulement pendant le mariage l'autorité appartient au mari (art. 213 et 214), et en vertu de ce principe la direction supérieure des enfants lui appartient aussi. La mère interviendra par ses

Digitized by Google

exemples, par ses conseils, par ses avis, elle prêtera même un concours pécuniaire ; mais au nom de la paix, de la concorde, de l'unité de direction et de l'intérêt même des enfants, leur éducation et leur entretien sont remis aux mains du père, chef de la famille.

L'article 203 contient une double obligation, il se réfère non-seulement à l'éducation physique mais encore à l'éducation morale. S'il en fallait rapporter une preuve, elle résulterait de l'article 303 au titre du divorce, en vertu duquel la rupture du mariage laissait subsister à l'égard de chacun des deux auteurs non-seulement l'entretien, c'est-à-dire la dette alimentaire, mais encore la surveillance de l'éducation. Et de même l'article 852 en dispensant du rapport les frais de nourriture et d'entretien aussi bien que ceux d'éducation ou d'apprentissage est la preuve qu'une double dette existe au profit des enfants.

L'éducation physique a pour objet la nourriture, le vêtement, le soin de la santé, le développement du corps. L'éducation morale consiste à former le cœur de l'enfant, à cultiver son intelligence, à régler ses habitudes, ses mœurs, ses relations, à lui enseigner le bien, le juste, l'honnête, à lui donner une instruction convenable. Le père doit aussi l'initier à la religion que lui-même pratique, et sur ce point encore l'obéissance de l'enfant est

Digitized by Google

un devoir, il aura seulement plus tard, lorsque son intelligence et sa conscience auront atteint une complète maturité, le droit de suivre la voie que lui tracera un libre arbitre éclairé par l'éducation.

Qui doit payer les frais d'entretien, d'instruction ou d'apprentissage ? C'est une dette qui tire son origine du mariage et les parents la doivent également supporter. Cette dette, l'article 1409-5° la met à la charge de la communauté ; séparée de biens, la femme contribue pour sa part (art. 1448, 1537) ; l'un des époux est-il sans ressources, l'autre supporte les mêmes frais dans leur intégralité (articles 1448, 1558-2°). Enfin l'enfant possède-t-il des biens propres, c'est lui-même qui en réalité supporte les frais de son éducation. Nous dirons bientôt en effet que la loi accorde au père investi de la puissance paternelle, et après son décès à la mère, l'usufruit des biens de leurs enfants jusqu'à l'accomplissement de leur dix-huitième année ou leur émancipation ; mais, ajoute l'article 385, les charges de cet usufruit seront « la nourriture, l'entretien et l'éducation de leurs enfants selon leur fortune. »

L'instruction est intellectuelle ou professionnelle : quel degré d'instruction recevra l'enfant ? quelle profession lui sera enseignée ? aucune règle, aucune limite n'a été fixée par la loi, le père est le seul juge et n'a d'autre guide que sa volonté : son

Digitized by Google

affection, l'opinion publique garantissent que sa fortune et sa position sociale dirigeront ses décisions. Peut-être cependant pourrait-on voir dans la partie de l'article 385 que nous citions tout à l'heure, une invitation adressée par le législateur au père de famille de prendre pour règle sa fortune, puisqu'on lui ordonne de prendre pour règle la fortune de ses enfants quand ils ont des biens personnels. Mais la loi n'a rien voulu préciser, parce que, respectueuse de la liberté et de l'autorité du père, elle a pensé que son affection suffirait à le guider.

Pour être invraisemblables, des abus sont cependant possibles. Un père dénaturé, aveuglé par la haine ou la jalousie, traite son enfant comme un étranger; ou bien, dominé par l'avarice, il lui donne l'éducation du plus humble des artisans, alors que sa famille ou son opulence lui ont acquis une situation considérable. Une telle iniquité peut-elle être réprimée? Et d'abord, si l'enfant possède des biens propres, l'article 385 vient à son secours, car il a le droit, en échange de l'usufruit légal qu'il perd, de réclamer une éducation conforme à sa fortune. Dans le cas contraire, l'enfant ne peut invoquer que l'article 203, qui ordonne au père, indépendamment de toute sanction, de prendre soin du corps et de l'esprit de son fils. C'est donc

Digitized by Google

seulement dans des circonstances exceptionnellement graves que son action pourra réussir.

Mais comment introduire sa demande en justice? L'enfant, sa mère ne peuvent ester en justice ; sans doute, mais le droit de plainte appartient à tous. Si l'enfant détenu peut adresser un mémoire au Procureur général, pour faire cesser, s'il y a lieu, sa détention (art. 382-2°) ; si l'enfant peut dénoncer les attentats ou les violences dont il serait victime de la part de ses auteurs, il peut également dénoncer le défaut de nourriture et d'entretien qui sont, à un degré moindre, une violence morale, l'éducation immorale, indigne, disproportionnée qui constitue une violence morale. L'enfant, sa mère, ses parents, ses amis peuvent adresser une plainte au juge de paix, qui convoquera aussitôt un Conseil de parents, et à ce Conseil, il appartiendra de désigner un de ses membres pour suivre l'action en justice. Telle est la doctrine que soutient, à bon droit, M. Demolombe. L'éminent jurisconsulte pense même que le ministère public, gardien de l'ordre et de la sécurité et protecteur des incapables, pourrait éveiller la sollicitude du juge de paix et inviter ce magistrat à convoquer un Conseil de famille. Nous n'osons aller jusque-là : la question ne nous paraît présenter qu'un caractère d'intérêt privé, et nous pensons qu'elle ne peut être élevée que par ou au nom

Digitized by Google

de la famille. Oui, le ministère public agira lorsque la pudeur de l'enfant sera attaquée ou que des violences graves seront exercées sur lui, et cela conformément au Code pénal, parce que l'intérêt public est lésé ; mais l'intérêt social n'est pas blessé de ce que tel enfant est élevé comme un artisan plutôt que comme gentilhomme ; il n'y a que le droit privé de la famille qui soit violé, et c'est à la famille de se plaindre et de plaider[1].

L'éducation de ses enfants n'est pas seulement un devoir pour le père, c'est pour lui un droit qui ne peut lui être enlevé.

C'est une question qui depuis de longues années préoccupe les esprits et qui plus que jamais aujourd'hui agite les partis, que celle de savoir si le père est le maître absolu de diriger et de guider suivant sa conscience l'éducation de ses enfants, ou si l'Etat a le droit d'intervenir dans cette éducation. « Il est temps de rétablir, avait dit Danton, le grand principe qu'on semble méconnaître que les enfants appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents. » Cette théorie, renouvelée de Lycurgue, est aujourd'hui abandonnée, et le rapporteur au Sénat de la loi sur le Conseil supérieur a proclamé naguères ce principe : « qu'on doit reconnaître tout d'abord que l'éducation de l'enfant

1. Demol., t. VI, nos 398 et seq.

Digitized by Google

appartient par le vœu même de la nature au père de famille[1]. »

On controverse cependant encore le point de savoir dans quelles limites l'Etat a le droit d'intervenir, et s'il faut en croire les discours et les attaques réciproques des partis, les opinions peuvent se réduire aux trois systèmes suivants : 1° les uns veulent absorber l'éducation et l'enseignement au préjudice de l'Etat et étouffer la liberté de celui-ci ; 2° d'autres veulent absorber la liberté individuelle au profit de l'Etat ; 3° d'autres enfin réclament la liberté pour tous au nom de l'égalité. Toutes ces discussions sont étrangères à une étude de droit. Les partis ont surtout en vue de préparer des générations imbues des idées qu'ils préfèrent, et trop souvent oublieux du droit, se placent au point de vue de leur intérêt, de la forme de la société, de l'utilité sociale. Or si l'utilité sociale est un principe supérieur et une vérité nécessaire, les applications en sont variables suivant les esprits, et ce que l'un juge utile un autre le déclare nuisible. Pour nous qui dépouillons la raison d'Etat, nous n'avons qu'à étudier le droit et son interprétation, d'après le Code civil. Or, le droit naturel primordial, base de tous les droits positifs, a deux principes fonda-

1. Réorganis. du Cons. supér. de l'Instruct. publ., 1880, Rapport au Sénat de M. Barthélemy-Saint-Hilaire. Michelet a dit de même : « Je crois à la nécessité de deux éducations, celle de la famille et celle de la patrie. »

Digitized by Google

mentaux, la liberté et l'égalité civile. Au nom de la liberté, l'homme élève et instruit l'enfance quand et comme il veut, la morale publique et les bonnes mœurs sont les seules limites qu'il ne saurait franchir. Au nom de l'égalité, l'homme ne connaît ni privilége ni monopole, chacun a le droit d'élever et d'instruire. Au nom de ces deux principes, le père de famille ne connaît d'autre loi que sa conscience. Il entretient, élève, instruit son fils comme il veut[1].

Ce sont les règles que consacre le Code civil, ainsi qu'il est facile de l'induire de quelques textes. Le mariage crée l'obligation (art. 203); la direction et la surveillance ne peuvent être enlevées au père ni à la mère, même après le divorce (art. 303) ; les frais de l'éducation ne sont pas rapportables, parce qu'ils sont abandonnés au libre arbitre des parents, et que nul n'a le droit de les estimer (852). C'est du reste sous l'empire des idées de liberté et d'égalité que le Code civil a été rédigé.

Mais, de même que la Justice doit intervenir pour protéger l'enfant contre les violences de toute nature dont ses auteurs pourraient se rendre coupables ; de même, l'Etat a quelquefois le droit d'in-

1. Condorcet (Rapport à l'Assemblée législative, séance du 20 avril 1792) veut que les établissements d'instruction publique soient « aussi indépendants que possible de toute autorité politique ; » — Benjam. Constant, Vacherot, etc., ont exprimé la même pensée; — Laboulaye, séance du Sénat du 27 janvier 1880.

Digitized by Google

tervenir, la réglementation, l'inspection, la surveillance lui appartiennent pour réprimer les écarts possibles en matière d'éducation. L'ordre public, la morale, les bonnes mœurs réclament sa vigilance. Or, le défaut d'entretien, une instruction, un apprentissage évidemment contraires à sa condition, pourront, ainsi que nous l'avons déjà dit, autoriser une plainte de l'enfant; mais l'action du ministère public ne sera recevable que si ces traitements indignes revêtissent le caractère des délits prévus au Code pénal (art. 334, 335, 309 et seq., 341, 349, etc.) De même, si toute instruction, toute éducation quelconque ne saurait être soumise à un contrôle, les abus qui constitueraient un attentat à la morale ou à l'ordre public relèvent de la juridiction de l'Etat. Celui-ci, en outre, doit exercer son contrôle sur la capacité ou la moralité du maître, le reste n'est soumis qu'à l'appréciation du père de famille.

Tels sont rapidement exposés les devoirs qui incombent au père et à la mère. L'enfant qu'ils ont mis au monde doit, au nom du droit naturel, comme en vertu des textes du Code civil, recevoir d'eux l'éducation physique et l'éducation morale. Ils doivent assurer son bien-être, pourvoir à ses besoins, le mettre en état d'exercer ses droits et de remplir ses devoirs. « L'homme est une intelli-

Digitized by Google

gence servie par des organes[1] » : ses facultés physiques et ses qualités morales doivent donc être également développées. Le corps et l'esprit de l'enfant réclament en même temps leur nourriture. Ce sont les seules dettes que les parents aient contractées envers leur descendant, celui-ci ne peut rien exiger de plus. Aussi, le législateur a-t-il posé ce principe que « l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement » (art 204). Ne dote qui ne veut, disaient nos anciennes Coutumes. C'est peut-être pour le père une obligation morale de procurer à son enfant un état ou une carrière, mais il est hors de doute qu'en droit il a tout fait quand il a élevé un homme, et que dorénavant c'est à l'homme lui-même de subvenir à ses besoins.

SECTION III

Correction de l'enfant

Les devoirs de l'enfant trouvent leur sanction dans le droit de correction qui appartient aux parents. Cette expression a deux sens.

Et d'abord la correction consiste dans les réprimandes ou les punitions que l'on inflige aux enfants désobéissants ou capricieux pour les corriger. Ce

1. DE BONALD.

Digitized by Google

n'est pas le sens juridique. La loi, respectueuse du foyer domestique, n'avait pas à réglementer cette partie des attributions des parents. Elle laisse à leur conscience et à leur affection le soin de réprimer les fautes légères. *Qui parcit virgæ odit filium*, dit l'Ecriture[1]; cette correction, qui est un devoir quelquefois pénible pour les parents, mais que l'intérêt de leurs enfants leur commande d'accomplir, est un des attributs les plus intimes de la puissance paternelle. Le législateur n'intervient pas.

Mais il est des écarts plus graves que l'autorité paternelle serait impuissante à réprimer. Parfois des instincts dépravés, des vices enracinés, une insubordination obstinée appellent des châtiments plus énergiques. La loi est venue en aide aux parents qui n'ont pas assez d'empire contre des enfants rebelles à leurs avis et à leurs réprimandes, elle les a autorisés à faire ouvrir les portes des établissements pénitentiaires et à y faire détenir, sous certaines conditions, le jeune insubordonné. C'est dans ce sens qu'il faut entendre le droit de correction. Nous en allons exposer les principales règles.

Le législateur a distingué deux situations, auxquelles s'appliquent des dispositions différentes :

1. Prov., ch. 13, v. 24.

Digitized by Google

1° L'enfant a moins de seize ans commencés, il n'exerce pas un état, il n'a pas de biens personnels, et son père n'est pas remarié (art. 376, 380, 382), le père de famille maître absolu ordonne l'incarcération ;

2° L'une des conditions précédentes vient-elle à défaillir, le père ne peut plus que requérir cette incarcération, et c'est le Président du Tribunal qui juge de l'opportunité de la mesure sollicitée (377).

Dans le premier cas, on dit que le père agit par voie d'autorité ; dans le second, qu'il agit par voie de réquisition.

§ 1er

VOIE D'AUTORITÉ

A. — Les conditions exigées pour que la volonté paternelle s'accomplisse sans contrôle sont fort sages. Et d'abord, l'extrême jeunesse de l'enfant qui n'a pas encore *accompli* sa quinzième année ne permet pas de croire que le père puisse sévir contre lui avec colère ; l'affection de l'un, la faiblesse de l'autre sont une garantie certaine contre l'emportement et l'exagération.

Le jeune insubordonné a-t-il au contraire atteint cet âge où les passions se développent, où les mauvais instincts redoublent d'énergie, où, malgré l'effort de la conscience maintenant éclairée, la volonté reste parfois sans force, où par suite, des

Digitized by Google

fautes plus graves appellent des châtiments plus graves, alors on comprend que le magistrat intervienne. Il est même de l'intérêt de l'enfant, exposé à une répression plus sévère, que son âge va rendre plus sensible au déshonneur, dont l'avenir peut-être va être plus vivement atteint, que l'autorité judiciaire contrôle la réquisition du père de famille. La distinction se justifie donc pleinement.

B. — Il en est de même lorsque l'enfant exerce un état. Le seul fait de se livrer à une profession révèle chez lui une sagesse qui ne se concilie pas *a priori* avec des écarts de conduite, il faut une vérification ; et puis la privation momentanée de sa liberté en lui faisant perdre son emploi ou ses bénéfices aurait des conséquences funestes. Il était donc indispensable d'apporter un tempérament au droit du père. Mais dans quel sens faut-il entendre ces mots « lorsque l'enfant exerce un état ? » Faut-il qu'il soit établi à son compte ? qu'il gère une maison de commerce ? Le mineur ne peut devenir commerçant qu'à dix-huit ans, et l'exception ne concerne que celui qui n'a pas commencé sa seizième année (376, 382). Il s'agit simplement de l'enfant qui exerce une profession lucrative quelconque distincte de celle de son père, qui tire un produit de son travail personnel, par exemple le clerc, l'employé de commerce, le domestique.

Digitized by Google

C. — L'exception qui enlève au père la correction par voie d'autorité lorsque « l'enfant aura des biens personnels » se justifie moins aisément. « Si l'enfant a pour père un dissipateur, a dit Cambacérès au Conseil d'Etat, il est hors de doute que le père cherchera à le dépouiller, qu'il se vengera du refus de l'enfant et que peut-être il lui fera acheter sa liberté [1]. » Tel est le motif qui a décidé le législateur. Mais non, aucun conflit ne peut s'exercer entre le père et son enfant mineur de quinze ans relativement aux biens de celui-ci, car le père en a la jouissance, et ne l'eût-il pas ou s'agit-il de la nu-propriété, toute convention violente, tout accord même volontaire serait nul en raison de l'incapacité de l'un des contractants (art. 1124, 1109, 1114). On peut dire seulement que cette fortune particulière peut être l'occasion de remontrances, de querelles, de jalousies, et il importe à l'enfant que le magistrat modère une animosité possible.

D. — Le concours de l'autorité judiciaire est encore nécessaire pour punir l'enfant d'un premier lit. Il n'est pas rare, en effet, de voir l'homme qui a convolé en secondes noces diminuer son affection pour les enfants de son premier mariage ; l'influence surtout de la seconde épouse peut être re-

1. Locré, t. VII, p. 36.

Digitized by Google

doutable, il est hors de doute que le droit du père ne saurait plus s'exercer sans contrôle.

Mais *quid*? il est devenu veuf pour la seconde fois, va-t-il dès lors retrouver la plénitude des pouvoirs que lui conférait l'article 376? *Cessante causa, cessat effectus.* Mais non, l'article 380 est général, «si le père est remarié;» pas de distinction. Et d'ailleurs, est-il vrai de dire que la cause a cessé? Sans doute l'influence immédiate de la seconde femme a disparu, mais ne se fait-elle pas encore sentir s'il existe des enfants issus du second mariage? La seconde union n'a-t-elle pas modifié les relations entre le père et ses premiers enfants? son affection ne s'est-elle pas affaiblie? et puis enfin les parents de la seconde femme ne sont-ils pas là perpétuant son influence, continuant les dissentiments et les rivalités? Tout cela est possible, le droit du père ne saurait plus dès lors être absolu [1].

Toutes ces conditions remplies, le père de famille, seul juge de l'opportunité de la peine, la prononce et en fixe la durée ; la loi détermine seulement un maximum, l'incarcération ne peut se prolonger au-delà d'un mois. Le père s'adresse au président du tribunal de l'arrondissement, et celui-ci *doit* délivrer l'ordre d'arrestation demandé (art. 376). L'intervention du président n'a d'autre effet que de

1. *Sic.*, Demol., t. VI, n° 322 ; — Demante, t. II, n° 120 *bis*, IV ; — *Contra*, Dalloz Alph., v° *Puiss. pat.*, n° 32.

Digitized by Google

donner, pour ainsi dire, la force exécutoire à la volonté paternelle, ce n'est qu'un visa, qu'une légalisation, comme disait Réal[1]. Un particulier ne saurait en effet mettre en mouvement la force armée. Le magistrat peut seulement, s'il le croit utile, adresser des conseils au père, le détourner d'une mesure peut-être excessive, mais non s'opposer à sa volonté.

Et pourtant s'il est manifeste, à raison par exemple du bas-âge de l'enfant, que la détention réclamée est un acte de folie, faudra-t-il encore et toujours signer l'ordre d'arrestation? M. Demolombe admet la négative[2]. Il nous semble cependant qu'en présence des termes si formels de l'article 376 une résistance est impossible. Si la demande révèle évidemment la folie du père de famille, nous croyons que le président du tribunal fera bien de différer l'ordre d'arrestation et de dénoncer officieusement les faits à la famille ou à l'autorité administrative qui vérifiera l'état du réclamant et prendra s'il y a lieu les mesures prescrites par la loi du 30 juin 1838. Mais si cette folie n'est pas démontrée, si la famille ne prend aucune décision dans l'intérêt de l'enfant, le magistrat est désarmé devant la volonté du père, à qui la législation a voulu donner le pouvoir absolu et illimité d'apprécier et de réprimer

1. Locré, t. 7, p. 60.
2. T. 6, n° 314.

Digitized by Google

la conduite de ses enfants mineurs de quinze ans.

Une autre difficulté peut naître. Le président peut contester l'âge de l'enfant, soutenir qu'il exerce un état et par suite refuser l'ordre demandé, en soutenant qu'il fallait recourir à la voie de réquisition. Qui tranchera le débat? Sur le refus du président, le père dont le droit est écrit dans le Code plaidera suivant les formes ordinaires pour faire reconnaître les circonstances qui l'autorisent à agir par voie d'autorité. Le débat s'engagera contre son enfant représenté par un tuteur *ad hoc*.

§ 2

VOIE DE RÉQUISITION

L'une des quatre conditions qui précèdent vient-elle à se produire, c'est par voie de réquisition qu'il faut procéder. Ainsi, l'intervention du magistrat est nécessaire si l'enfant a atteint l'âge de 15 ans accomplis, et en outre quel que soit son âge, s'il exerce un état, s'il possède des biens personnels, si son père est remarié. Le père de famille s'adresse alors au président du tribunal qui, après en avoir conféré avec le Procureur de la République, délivre ou refuse l'ordre d'arrestation, ou abrège la durée de la détention requise (art. 377). Il exerce alors un véritable contrôle et c'est lui qui

Digitized by Google

juge de l'opportunité de la mesure. Le maximum de l'incarcération est alors porté à six mois.

On a soutenu que la voie de réquisition, procédure éminemment favorable à l'enfant, lui est toujours applicable, et qu'elle se trouve concurremment ouverte avec la voie d'autorité dans les hypothèses où celle-ci est spéciale : de cette manière, l'enfant âgé de moins de 15 ans, qui a des biens propres ou exerce un état, pourrait être détenu pendant six mois. Les partisans de ce système se fondent sur les articles 380 à 382. Ces textes qui visent des enfants âgés de moins de 15 ans prescrivent le recours à la voie de réquisition « *conformément à l'article* 377. » Dès lors, dit-on, se référant à cet article, la loi en applique toutes les règles et spécialement celle qui concerne la durée de la détention ; d'ailleurs, rien de plus rationnel, c'est pareillement le Président qui statue, les garanties qui entourent l'enfant restent les mêmes, donc le maximum de six mois est également applicable. De cette manière, la durée de la peine serait le corollaire de la procédure et non de l'âge de l'enfant, un mois si c'est le père qui prononce, six mois si c'est le magistrat.

L'opinion contraire est généralement admise. En effet les articles 376 et 377, siéges de la question, contiennent une double règle : l'enfant a-t-il moins de 16 ans commencés, le maximum est un mois ;

Digitized by Google

a-t-il plus de 16 ans, le maximum est six mois. On comprend en effet que c'est surtout la différence des âges qui nécessite une différence dans la sévérité. Puis viennent les articles 380, 381 et 382 qui s'appliquent à des mineurs de seize ans, édictent en leur faveur, à raison de circonstances exceptionnelles, des garanties nouvelles. Apparemment, ce n'est pas pour leur faire une condition pire et élever à six mois une peine qui à défaut de cette protection spéciale n'aurait pu dépasser la limite d'un mois. Aussi les articles invoqués par nos adversaires ne se réfèrent-ils qu'à la procédure, à la *forme* plus favorable à employer, c'est ce qui résulte des termes mêmes de l'un d'eux, l'article 382 : « Lorsque l'enfant aura des biens personnels ou lorsqu'il exercera un état, sa détention ne pourra, même au-dessous de seize ans, avoir lieu que *par voie de réquisition en la forme prescrite* par l'article 377 [1]. »

La volonté du père de famille, la décision du magistrat sont-elles susceptibles de quelque voie de recours ?

Et d'abord, la volonté paternelle est à l'abri de toute contestation dans l'hypothèse de l'article 376, et nous n'en voulons d'autre preuve que la rédac-

1. *Sic*, DEMOL., t. VI, n° 329 ;— AUBRY et RAU, 4e édit., t. VI, p. 80 (après avoir soutenu une doctrine contraire dans leur première édition) ; — MARCADÉ, art. 382, n° 4 ; *Contra*, D. ALPH., v° *Puiss. patern.*, n° 35.

Digitized by Google

tion de cet article qui enjoint au président de délivrer l'ordre d'arrestation sur la demande du père.

Il n'en est pas de même si celui-ci agit par voie de réquisition, le Code en effet autorise une sorte d'appel contre la décision du Président du tribunal. L'enfant détenu (art. 382-2°) pourra adresser un mémoire au Procureur général, qui s'étant fait rendre compte par le Procureur de la République, fera son rapport au Président de la Cour ; et celui-ci, s'étant entouré de tous les renseignements utiles, aura le droit de modifier ou révoquer la décision du premier juge. Des termes mêmes de ce texte résulte un premier point, c'est que le pourvoi n'est pas suspensif d'exécution, puisque c'est « *détenu* » que l'enfant peut adresser son mémoire [1].

En second lieu, la voie de recours se réfère-t-elle seulement aux deux hypothèses prévues par l'article 382 lui-même, à savoir si l'enfant a des biens personnels ou exerce un état ? ou bien s'applique-t-elle d'une manière générale à tous les cas de détention par voie de réquisition, c'est-à-dire également lorsque le père est remarié ou lorsque l'enfant a plus de seize ans commencés ? De ce que la règle est écrite dans l'article 382 et sous forme d'appendice, Marcadé conclut qu'elle n'est applicable qu'aux deux espèces prévues par le para-

1. Telle est l'opinion du rapporteur au Tribunat, Vesin ; Locré, t. 7, p. 75.

Digitized by Google

graphe précédent [1]. Mais cet argument de place n'est-il pas insuffisant si l'on remarque qu'aucun motif rationnel ne peut expliquer la différence? Quel est le but du pourvoi? C'est, dit le rapporteur Vesin, de prévenir et de paralyser « toutes les intrigues des localités,.... toutes les surprises qui pourraient être faites aux présidents des tribunaux de première instance. » Or, dans les cas où l'on agit par voie de réquisition, le danger n'est-il pas le même? bien plus, quand les intrigues et les surprises sont-elles le plus vraisemblables, sinon lorsque le père est remarié? Aussi, et c'est du reste l'opinion de M. Demolombe, voyons-nous dans l'article 382 une prescription générale [2].

Toutefois, il faut bien reconnaître que dans cette matière exceptionnelle, l'appel n'est pas de droit commun, qu'il n'appartient à l'enfant détenu, âgé de plus de quinze ans, que parce que la loi le lui accorde expressément, mais estimons-nous *à contrario* que ni le père dont la requête est rejetée, ni le ministère public dont les conclusions ne sont pas adoptées ne peuvent se pourvoir contre la décision du Président.

1. Marc., art. 375-382, n° 4.
2. Demol., t. VI, n° 331 ; — D. Alph., v° *Puiss. pat.*, n° 36.

Digitized by Google

§ 3

DISPOSITIONS COMMUNES

Plusieurs dispositions sont communes aux deux procédures à fin de détention.

A. — Il importe à l'avenir de l'enfant qu'il ne subsiste pas de traces de l'insubordination de ses premières années, aussi n'y aura-t-il en aucun cas, dit l'article 378, « aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés. » On a critiqué ce texte en disant que deux autres actes seraient indispensables : 1° le procès-verbal de l'agent de la force publique qui procédera à l'arrestation ; 2° l'écrou rédigé par le gardien de la maison où l'enfant sera conduit. Et, dit-on, le vœu de la loi est manqué. Il faut répondre que la loi n'a pas entendu déroger à ces formalités administratives, indispensables sous peine de laisser à découvert la responsabilité de l'agent qui arrête, du gardien qui détient l'enfant (art. 608, 609, C. Inst. crim.). Toutefois, on pourra atténuer ces inconvénients en inscrivant le nom de l'enfant non pas sur le registre d'écrou, mais sur un registre spécial où il ne sera pas confondu avec celui des prisonniers.

Digitized by Google

Et puis s'il existe dans la ville où la détention doit être subie, un établissement affecté à la correction paternelle, comme la Petite-Roquette pour les garçons, le couvent de la Madeleine pour les filles, à Paris, il n'y aura ni procès-verbal d'arrestation, ni écrou, mais simplement une inscription sur le registre d'ordre de ces maisons. Cette situation est malheureusement exceptionnelle. Le plus souvent, la correction paternelle s'exécute dans des quartiers spéciaux des maisons d'arrêt, quelquefois même dans les quartiers attribués à la correction judiciaire : confusion déplorable qui assimile la punition à l'emprisonnement, l'enfant après sa punition à un prisonnier libéré et peut exercer sur son avenir une influence fâcheuse, rendre difficile son placement ou son apprentissage, sans parler même de l'effet du contact avec les jeunes malfaiteurs détenus pour délits.

Mais revenons à l'article 378. Sans doute il n'y aura aucune écriture, le législateur ne s'arrête pas aux règlements d'administration intérieure, ce qu'il veut, c'est que les fautes de l'enfant s'oublient bientôt, c'est que la preuve ne s'en rencontre pas dans les archives judiciaires ; la demande , la réquisition du père pourront même être verbales, la seule pièce écrite sera l'ordre d'arrestation indispensable à la mise à exécution. En un mot, rien qui ressemble à un dossier correctionnel.

Digitized by Google

B. — Le père sera toujours tenu de payer tous les frais, c'est-à-dire ceux d'arrestation, et de fournir les aliments convenables (art. 378) : disposition bien naturelle, il ne cesse pas en effet d'être obligé d'entretenir son enfant (art. 203), puisqu'il ne s'agit pas ici d'une détention ordonnée par justice. L'administration *dispense* du reste le père de famille de faire la soumission prescrite lorsqu'il justifie de son état d'indigence[1].

C. — A toute époque le père est maître d'abréger la durée de la détention, soit qu'il l'ait ordonnée, soit qu'il l'ait requise (art. 379). Il peut la faire cesser le lendemain même du jour de l'arrestation, il peut même ne pas faire exécuter l'ordre qu'il a obtenu. Nul ne connaît mieux que lui le caractère, l'esprit de son enfant, et nul ne saurait apprécier mieux que lui l'effet que peut produire la menace, le simple commencement d'exécution, l'exécution enfin d'une mesure aussi sévère.

Le droit de grâce n'appartient-il qu'au père, ou bien, comme en matière pénale, au chef de l'Etat? Lorsque la société condamne, le chef de l'Etat qui la représente peut gracier; mais il n'en est pas de même en l'espèce, et comme il s'agit d'une expiation exceptionnelle, le droit de grâce aussi

1. Certificats d'indigence, loi du 10 déc. 1850, art. 6; — DE BELLEYME, *Ordonn. sur référé*, t. 1, p. 12.

Digitized by Google

est exceptionnel. De même que l'autorité de justice ne peut suppléer sa volonté pour punir et qu'à lui seul appartient le droit de provoquer l'arrestation; de même à lui seul il appartient de juger du repentir de l'enfant, de l'effet produit, et de faire cesser l'incarcération.

D. — Mais « si l'enfant, après sa sortie, retombe dans de nouveaux écarts, dit l'article 379, la détention pourra de nouveau être ordonnée de la manière prescrite aux articles précédents. » Demante s'est demandé si ce texte ne fait pas des nouveaux écarts la condition essentielle d'une seconde arrestation, et si le père ne doit pas en apporter la preuve au président du tribunal[1]. On pourrait se demander aussi, sans plus de raison, si une première détention par voie d'autorité n'a pas épuisé le droit du père de famille et s'il ne lui faudra pas désormais recourir à la voie de réquisition quel que soit l'âge du jeune insubordonné. Ces difficultés ne peuvent naître en présence des termes clairs et précis de la loi. L'article 379 renvoie simplement aux articles précédents: c'est dire que le père en face de nouveaux écarts se trouve investi des mêmes pouvoirs que lors de sa première demande; que toutes les distinctions résultant de l'âge ou de toute autre circonstance, les formes de procéder, les règles

1. Programme, t. I, n° 374.

Digitized by Google

relatives aux écritures, aux frais, à la grâce restent les mêmes qu'au premier jour.

APPENDICE

Puissance paternelle de la mère pendant le mariage

Nous avons jusqu'ici paru admettre que la puissance paternelle appartenait au père seul, rapportant le plus souvent à lui seul les droits et les devoirs qui en découlent ; mais la mère aussi est associée, quoique d'une manière secondaire, à cette puissance. En effet, aux termes des articles 371 et 372, l'enfant est placé sous l'autorité de ses *père et mère* jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Sans doute, le droit supérieur appartient au père, chef de la famille (art. 213), la loi dit même expressément qu'il exerce seul cette autorité (art. 373), mais cette règle doit être entendue avec quelques tempéraments.

A. — Et d'abord s'il est vrai que le père est le maître unique, la mère, institutrice naturelle de ses enfants, a bien le droit de contradiction et son avis sera souvent écouté[1]. Et même, avons-nous admis ci-dessus, elle pourra dénoncer à la justice les abus ou les traitements injustes ou excessifs

1. *Sic* : Massol, *Séparation de corps*, p. 382, note 1.

Digitized by Google

dont ses enfants seraient l'objet de la part d'un père dénaturé [1].

Les devoirs de respect et d'obéissance que la filiation imposent à l'enfant s'adressent à l'un et à l'autre auteur (art. 371), et ce sont les plus belles prérogatives de la puissance paternelle. Les droits que l'enfant peut réclamer et qui ont pour objet son éducation (art. 203), la mère n'en est pas moins tenue que le père, et nous avons dit que si ce dernier se trouvait dans l'impossibilité de pourvoir à l'entretien, à la nourriture, à l'apprentissage de l'enfant, l'obligation en retomberait tout entière sur l'autre époux [2].

B. — Il se peut aussi que la mère soit appelée d'une façon plus active à l'exercice de la puissance paternelle du vivant même du père et sans qu'il soit dépouillé de son autorité.

Quels sont en effet relativement aux enfants les résultats de la séparation de corps ? Le Code est muet. La jurisprudence a admis que l'article 302 au titre du divorce est applicable à la séparation, que l'on devait avoir égard seulement aux intérêts des enfants et qu'on pouvait les confier indistinctement au père ou à la mère ou même à un tiers. Or, nous supposons que la séparation a été pro-

1. Demol., t. VI, n° 398 ; — *Supra*, p. 209.
2. *Supra*, p. 206-8.

Digitized by Google

noncée contre le mari et que la garde des enfants lui a été retirée. Il n'en faut certes pas conclure que sa puissance paternelle est détruite du même coup, mais il est vrai de dire qu'elle a subi une atteinte grave. Le père conserve le droit de diriger l'entretien, l'éducation des enfants, mais la contradiction de la mère est plus que jamais de droit, et une dissidence s'élève-t-elle entre les époux, il appartient aux tribunaux de prononcer et les juges doivent consulter à la fois l'intérêt des parents et celui de leurs enfants [1].

C. — Enfin le père peut se trouver dans l'impossibilité absolue d'exercer son autorité, il peut ou être dépouillé par la loi à raison de son indignité ou de son incapacité, ou par l'effet de son absence. Et dans ces diverses hypothèses il est manifeste que la mère lui est substituée. L'autorité appartient à tous deux (art. 371-2), mais s'il est vrai que dans un but social et de haute moralité l'exercice en est remis au père seul, celui-ci défaillant, le rôle de la mère apparaît. C'est ce qui arrivera si, par application de l'article 335 du Code pénal, le père a été déclaré déchu de la puissance paternelle. Il est évident que la surveillance des enfants ne peut alors appartenir qu'à la mère.

1. Paris, 5 juillet 1853, D., 54, 2, 67; — Cf. D. Alph., v° *Puiss. patern.*, n°s 57 à 64, et arrêts rapportés; — Demol., t. IV, n° 579.

Digitized by Google

Il en est de même dans le cas où le père est interdit: on ne peut en effet admettre qu'il reste chargé de la direction de ses enfants et de l'administration de leurs biens lorsqu'il a été déclaré en justice incapable de se conduire lui-même ou de gérer son propre patrimoine. Et cela est vrai non-seulement de l'interdiction judiciaire, mais encore de l'interdiction légale prononcée par l'article 29 du Code pénal. Sans doute cette interdiction, n'ayant pas pour cause l'incapacité, peut sembler ne devoir modifier que la personne du seul condamné qu'elle prive de sa liberté et de ses revenus pendant la durée de sa peine. Mais nous estimons qu'il faut aller plus loin. L'individu qu'une peine infamante a frappé est devenu indigne, et il ne saurait conserver sur ses enfants les droits qu'il n'a plus vis-à-vis de lui-même: incapable désormais de contracter au regard de ses biens, comment le pourrait-il au regard de ceux d'un tiers? Et même, en fait, quelle surveillance, quelle administration est possible de la part d'un homme détenu ou déporté pendant nombre d'années? Que le droit de puissance paternelle ne lui soit pas enlevé, soit, mais l'exercice ne lui en appartient plus, et c'est la mère qui en est maintenant investie.

Les mêmes conclusions doivent être adoptées si le père de famille est absent ou seulement présumé absent. Du reste, la loi s'en est formellement expli-

Digitized by Google

quée : « Si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens. » (art. 141.) On ne peut dire plus nettement que la puissance paternelle passe à la mère. Et il ne faut pas croire, comme l'ont soutenu quelques auteurs, que celle-ci devienne tutrice[1]. La tutelle et la puissance paternelle sont deux pouvoirs tout différents soit dans leur organisation, soit dans leurs causes, soit dans leurs effets. Et d'ailleurs, la tutelle ne s'ouvre que par la mort de l'un des époux, et l'absent, au moins jusqu'à l'envoi définitif en possession de ses biens, est réputé vivant. Ce n'est donc pas la tutelle qui s'ouvre, c'est la puissance paternelle qui passe en d'autres mains [2].

Il est donc vrai que la mère succède au père absent ou interdit, mais il n'en serait pas de même si celui-ci, bien que disparu ou dans un état habituel de démence, n'avait pas été déclaré en justice absent ou interdit [3]. La puissance paternelle continuerait à reposer en droit sur sa tête, et ce

1. Proudhon, t. I, p. 306 ; — de Moly, n° 200.

2. Demol., t. II, n° 310 et seq.; t. VI, n° 296 et seq.; — D. Alph., v° *Puiss. pat.*, n° 52 ; — Pothier, *Traité des Personnes*, 3e partie, titre VI, sect. II.

3. L'admission du père dans un asile d'aliénés équivaut à une interdiction et transmet à la mère la puissance paternelle. (Loi du 30 juin 1838, art. 31 à 39.)

Digitized by Google

ne serait que par l'effet d'une tolérance utile à tous que la mère pourrait exercer en fait la surveillance de ses enfants [1].

Il ne faut pas croire cependant que la mère succédant au père dans l'exercice de la puissance paternelle, soit investie de tous les droits qui lui compétaient. Il ne faut pas oublier que la femme mariée est incapable ; qu'elle ne peut contracter ni ester en justice sans le concours de son mari ou du juge à défaut de celui-ci (art. 215, 217, 221, 222). Et par conséquent, l'intégrité de la puissance paternelle ne lui est pas transmise puisqu'il lui faudra se faire autoriser pour tous procès ou tous actes autres que ceux de pure administration, intéressant ses enfants.

En ce qui concerne le droit de correction, l'un des attributs de l'autorité paternelle, peut-on dire que la mère en est investie au lieu et place du père et de la même façon que lui ? Non, vainement tire-t-on argument de l'article 141 qui transmet à la femme l'exercice « de tous les droits du mari, » il faut faire exception pour le droit de correction au nom même du Code civil.

1. Cependant c'est en vertu d'un droit et non d'une tolérance que la mère exerçait la puissance paternelle en 1870-71. Les circonstances justifiaient alors cette disposition exceptionnelle du décret du 14 déc. 1870 : « La mère exercera provisoirement la puissance paternelle à défaut du père empêché par le fait de la guerre... etc. (art. 3.)

Digitized by Google

Après le mariage, la surveillance des enfants, leur éducation, leur tutelle, pour tout dire, peut être confiée à la mère survivante [1], mais elle ne reçoit pas même alors la plénitude du droit de correction. Si elle se remarie, elle en est complétement privée, ce n'est que dans le cas contraire qu'elle conserve ce pouvoir, mais restreint : « la mère survivante et *non remariée* ne pourra faire détenir son enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels et *par voie de réquisition* conformément à l'article 377 » (art. 381). Ainsi, quel que soit l'âge ou la condition de ses enfants, plus de voie d'autorité, la voie de réquisition seule reste ouverte et encore est-elle amoindrie par le contrôle de deux parents. Le législateur a craint que « la mère trop faible ou trop légèrement alarmée ne recourût trop facilement à ces moyens extrêmes [2]. »

Or, pendant le mariage, les mêmes craintes existent au même degré, et les précautions qui en ont été la conséquence ne sauraient par suite être écartées. On ne saurait admettre, en effet, que la mère exerçant la puissance paternelle au nom de son mari absent ou interdit ait plus de droits que lorsqu'elle l'exerce, après le mariage, en son propre nom. Et à l'argument de lettre que l'on

1. *Infra*, p. 240.
2. Réal, *Exposé des motifs*.

Digitized by Google

tire de l'article 141, il faut répondre, avec M. Demolombe, que si la loi remet bien à la femme tous les droits du mari, ce n'est pas pour les exercer comme il l'eût fait lui-même, mais bien à la condition qu'elle les exercera avec les restrictions que comporte, de par la loi, sa faiblesse et sa condition de femme mariée.

De même, en effet, qu'elle ne saurait, seule et comme l'eût fait son mari, plaider, aliéner, contracter dans l'intérêt de ses enfants et qu'il lui faut l'autorisation de justice, malgré l'article 141, parce qu'elle est femme mariée ; de même elle ne saurait, seule et comme son mari, recourir à la correction parce que l'exercice absolu et sans contrôle de ce droit lui est interdit en sa qualité de femme[1].

CHAPITRE II

APRÈS LE MARIAGE. — TUTELLE

La tutelle est l'état de l'enfant mineur de vingt et un ans, non émancipé, qui a perdu l'un de ses deux auteurs. La tutelle française s'est inspirée de la tutelle romaine ; disons plus, elle en a adopté presque toutes les règles, ne laissant de côté que celles qui étaient devenues incompatibles avec la nouvelle organisation de la famille ou avec l'état

1. Demol., t. II, n° 313.

Digitized by Google

de nos mœurs. Comme la loi romaine, le Code civil admet des tuteurs légitimes, des tuteurs testamentaires et des tuteurs datifs; il leur remet la direction de l'enfant et l'administration de ses biens, il les rend responsables de leur gestion.

Toutefois les garanties que le droit romain exigeait déjà du tuteur, notre Code les a complétées et a créé, adoptant du reste, au moins en principe, les innovations de notre ancien droit coutumier [1], tout un personnel qu'il a placé auprès du tuteur pour le surveiller. Le principal agent c'est le tuteur; par ses pouvoirs, par son autorité, par son influence on peut dire qu'il personnifie la tutelle. A côté de lui se trouve le subrogé-tuteur, dont il doit même provoquer la nomination, sorte de tuteur adjoint chargé de surveiller la conduite et la fidélité du tuteur, ou, toutes les fois que celui-ci et l'enfant se trouveront placés dans un état d'opposition d'intérêt, de représenter ce dernier dans sa lutte contre le premier.

Enfin au-dessus de tous et remplissant le rôle d'assemblée délibérante nous rencontrons le Conseil de famille. C'est lui qui désigne les mandataires ou les agents chargés de défendre les intérêts du pupille, et c'est lui qui en maintes hypothèses nomme le tuteur lui-même; consulté enfin toutes

1. Argou, *Instit. au dr. franç.*, t. 1, p. 48.

Digitized by Google

les fois qu'il s'agit de prendre une mesure grave, il autorise ou interdit l'acte dont l'opportunité lui est soumise.

Le tuteur, le subrogé-tuteur, le Conseil de famille se rencontrent en toute tutelle ; quelquefois l'utilité de l'enfant nécessite la nomination de mandataires exceptionnels, curateur au ventre, pro-tuteur, co-tuteur ou tuteur *ad hoc*. Le rôle de ces divers agents apparaîtra dans la suite de cette étude.

SECTION I

Des diverses tutelles

Le Code dans les quatre premières sections du titre de la minorité énumère quatre tutelles différentes qui peuvent, d'après leur origine, se réduire aux trois suivantes : la tutelle légitime, la tutelle testamentaire et la tutelle dative.

§ 1er

TUTELLES LÉGITIMES

I. — *Tutelle légitime du survivant des époux*

A. — La loi donne de plein droit la tutelle de l'enfant mineur, dont l'un des auteurs vient de décéder, à l'époux survivant (art. 389). On a pensé que l'affection naturelle des parents était une garantie suffisante du fidèle accomplissement de

Digitized by Google

leurs devoirs. De même que pendant le mariage, le père dirigeait la personne et administrait les biens de son enfant, de même après le mariage ces prérogatives continuent de lui appartenir. Les lui enlever c'eût été lui faire injure. Il est vrai que notre ancien droit n'en avait pas toujours ainsi décidé ; beaucoup de Coutumes en effet ne reconnaissaient qu'une tutelle, la tutelle dative, et le magistrat la conférait après avoir pris l'avis des plus proches parents [1]. C'était en considération et pour le plus grand intérêt des mineurs que ce système s'était établi. Il n'est certes pas impossible qu'un père néglige l'éducation, dilapide le patrimoine dont il a charge, mais le danger n'existait pas moins pendant le mariage, et pouvait-on, érigeant l'exception en règle, priver tous les pères de famille, à cause de l'indignité de quelques-uns, d'un droit que la nature semble leur avoir remis ? Le législateur moderne, avec raison, ne l'a pas voulu.

B. — Il a même associé à l'honneur de la tutelle la mère que le droit romain en avait exclue. A peine et par une grâce spéciale les empereurs consentaient-ils parfois une dérogation au droit en faveur

1. D'autres Coutumes, en reconnaissant des tuteurs légitimes ou testamentaires, voulaient qu'ils fussent confirmés par le magistrat ; Argou, t. 1, p. 44 à 52 ; — Loisel, *Inst. coutum.*, livre I, tit. IV, art. 6.

Digitized by Google

de veuves qui l'avaient sollicitée, *nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent.* Mais dans notre société où la femme n'a plus le rôle subalterne que lui avait créé la civilisation romaine il en devait être autrement.

Associée à la puissance paternelle pendant le mariage, investie même de cette autorité pendant l'interdiction ou l'absence de son mari ; il est évident qu'elle devait après le décès de celui-ci recueillir le soin d'achever l'éducation dont elle avait été jusque-là le témoin et même la coopératrice. C'est ainsi que l'ont décidé les rédacteurs du Code civil, et ils l'ont appelée, de même que le père, à la tutelle légale.

Cependant une objection se présentait : n'était-il pas à craindre que la tendresse de la mère ne l'emportât sur sa fermeté, que la faiblesse inhérente à son sexe ne préjudiciât à la bonne éducation de l'enfant ; que son inexpérience des affaires ne la rendît impropre à la gestion des biens ou à la défense des intérêts de ses enfants ? Le législateur a sagement prévu la difficulté : il a permis au père de famille, vrai juge de la capacité de sa femme, de lui nommer, sans lui retirer la tutelle, « un Conseil spécial sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle ; » et, si les actes sont spécifiés pour lesquels ce Conseil est nommé, elle sera habile à faire les autres sans son assis-

Digitized by Google

tance (art. 391). Enfin, ce Conseil, le père ne peut le nommer que par acte de dernière volonté ou par une déclaration faite devant le juge de paix ou devant notaires (art. 392). Ainsi sont sauvegardés tous les intérêts : la mère reste en possession de fonctions qu'on ne peut lui enlever sans lui faire affront, le mineur trouve dans la tendresse de sa tutrice la protection, le dévouement qu'il ne rencontrerait point chez tout autre, et il est protégé contre les excès possibles de cette même tendresse ou contre l'inexpérience par des garanties qui n'on d'autre auteur que son père lui-même.

C. *Curateur au ventre.* — La tutelle légitime de la mère se rencontre parfois dans une hypothèse particulière que nous ne devons pas omettre de signaler, nous voulons parler du cas où il y a lieu de nommer un curateur au ventre.

Lorsqu'une femme devient veuve sans qu'il soit né d'enfant de son mariage, il se peut que d'après ses conventions matrimoniales elle soit appelée à succéder à son mari au détriment des héritiers naturels de celui-ci : la naissance d'un posthume lui ferait perdre dès lors les avantages de son contrat de mariage, on peut donc craindre qu'elle cherche à dissimuler sa grossesse et à faire disparaître son part. Dans d'autres hypothèses, au contraire, elle pourra avoir intérêt à feindre un accou-

Digitized by Google

chement : si l'on suppose, en effet, qu'aucune stipulation ne lui accorde quelque partie de la fortune de son mari, les parents de celui-ci lui succèdent ; mais alors naisse un enfant posthume, c'est lui qui recueille l'hérédité et du même coup la mère en acquiert l'usufruit pendant une longue période et de plus éventuellement la pleine propriété de la moitié si l'enfant lui-même vient à mourir (art. 384, 746, 753 à 755). L'on voit donc que l'intérêt de la veuve, de l'enfant ou des parents du mari, réclame une surveillance à l'effet d'empêcher une supposition ou une suppression de part.

Le Conseil de famille nomme donc un curateur que l'on appelle du nom ridicule emprunté au droit romain de curateur au ventre ; à la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice légitime et le curateur en sera de plein droit le subrogé-tuteur (art. 393).

Les fonctions du curateur résultent de la cause même qui l'a fait nommer. Il est chargé d'une mission de protection et de conservation et par rapport à la mère et par rapport à l'enfant et par rapport aux tiers ; il doit sauvegarder l'intérêt de tous et déjouer les fraudes : il doit même présider à l'administration des biens du mari, car jusqu'au dénouement nul ne peut demander l'envoi en possession [1], tout est en suspens et c'est lui qui veille

1. Demol., t. VII, nos 49 et seq.

Digitized by Google

pour tous. En ce qui concerne la femme, le curateur ne saurait user de trop de réserves et de trop d'égards, nos mœurs ne supporteraient pas les épreuves qu'autorisait le droit romain [1]; cependant s'il existait de graves présomptions de fraudes, le curateur aurait le devoir de provoquer un examen médical, car il est avant tout chargé de prévenir les suppositions ou suppressions de part. Aussi ne peut-on lui contester le droit d'assister à l'accouchement [2].

On a soutenu que la veuve seule pouvait réclamer la nomination d'un curateur et l'on se fondait sur l'article 393 dont les termes indiquent que la femme doit se déclarer enceinte. Mais non, le curateur ne protége pas seulement la mère et son enfant, il veille aux intérêts de tous et doit par conséquent être nommé sur la demande de tout intéressé, quel qu'il soit [3].

On a prétendu enfin que l'article 393 est applicable au cas où la mère enceinte, lors du décès du mari, a déjà des enfants issus de leur mariage. Nous estimons que le législateur a eu surtout en vue l'espèce contraire, car c'est alors vraiment que la supposition ou la suppression de part sont

1. L. 1, D., XXV, 4.

2. Demolombe. t. VII, nos 58 et seq.; — Tribunal de Carcassonne, 1er mai 1855. (*Le Droit*, no du 11 mai 1855.)

3. *Sic :* Demol., *loc. cit.*; — Merlin, *Rép.*, vo *Curateur*, § 9 ; — *Contra :* Bousquet, *des Conseils de Famille*, art. 393.

Digitized by Google

à redouter. Il est vrai que ces fraudes sont encore possibles s'il existe déjà des enfants : les droits de ceux-ci vont en effet se trouver modifiés, amoindris par la survenance d'un posthume ; sont-ils majeurs surtout, des collusions, des recélés, des soustractions peuvent être commises: il faut veiller aux intérêts de l'enfant conçu, intérêts qui doivent se trouver nécessairement en opposition avec ceux de ses aînés. Ou bien encore l'enfant déjà né est d'une santé qui ne laisse pas de doute sur sa mort prochaine, et ses héritiers attendent cet événement pour recueillir sa succession qui va leur échapper s'il naît un posthume: une simulation de grossesse n'est donc pas impossible. Que l'on nomme donc un curateur au ventre, si on le croit utile; conçu en termes généraux, l'article 393 n'y fait pas obstacle.

Mais pourtant, si l'un ou plusieurs des enfants déjà nés sont mineurs, il y a un tuteur, un subrogé-tuteur, à quoi bon multiplier les surveillances? Nos adversaires ne condamnent-ils pas eux-mêmes leur système, lorsqu'ils écrivent: « S'il existe déjà des enfants, le Conseil de famille fera bien de nommer pour curateur au ventre le subrogé-tuteur des enfants mineurs, afin d'éviter qu'il ne se trouve deux subrogés-tuteurs dans la même tutelle [1]. » Concluons donc, avec M. Demolombe, que le cura-

1. D. Alph., v° *Tutelle*, n° 128.

Digitized by Google

teur est parfaitement inutile si l'un ou plusieurs des enfants déjà nés sont mineurs, parce que leur subrogé-tuteur veillera en même temps aux intérêts de l'enfant conçu, mais que dans l'hypothèse contraire la nomination demandée devenant un acte de sage prévoyance devra être admise.

D. — Revenons à la tutelle légitime de la mère : deux différences la distinguent encore de la tutelle légitime du père.

Et d'abord, la mère tutrice n'est pas obligée d'accepter les fonctions que lui confère la loi (art. 394). Doit-elle au moins invoquer quelque excuse, ou motiver son refus ? Nullement, il se peut que son âge, son inexpérience, sa santé lui fassent trouver trop lourde la charge qui lui incombe, elle apprécie seule la situation qui lui est faite et ne doit aucun compte de sa décision, les termes de l'article 394 le prouvent manifestement. Le père, au contraire, comme tout autre tuteur, ne pourrait se dérober au devoir de la tutelle sans présenter des excuses et sans que ces excuses ne soient même agréées par le Conseil de famille ou par justice (art. 435-6). Mais la mère qui use du privilége de l'article 394, doit évidemment remplir les fonctions qui lui étaient dévolues jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur. Elle aura pendant cette période tous les pouvoirs d'une tutrice, mais

Digitized by Google

ce sera agir sagement que d'accomplir les seuls actes d'administration urgents et indispensables.

E. — Le convol de la mère tutrice modifie enfin d'une manière considérable sa qualité de tutrice, influence que n'a pas le second mariage du père tuteur. Cette seconde union va, en effet, placer la veuve sous une autorité légale qui ne lui laissera plus la liberté de diriger à son gré l'éducation ou la surveillance de ses enfants. Chef de la famille nouvelle, le mari aura de fait le gouvernement de tous ; or, son pouvoir peut être pernicieux aux enfants du premier lit, la jalousie, la haine, ou tout au moins l'indifférence sont redoutables ; et quelque effort que tente la mère, sa volonté paralysée par les ordres de son mari demeurera sans effet. Ce n'est pas tout, redevenue par son mariage incapable de contracter, la femme ne saurait plus administrer les biens de ses enfants, le mari eût été l'administrateur de fait et même de droit. Une telle situation appelait la vigilance de la loi.

Le législateur cependant n'a pas voulu, toujours et sans motif, dépouiller la mère de sa tutelle, c'eût été un affront que les circonstances mêmes du mariage, les avantages qui en peuvent résulter pour tous, rendraient parfois aussi inopportun qu'il serait toujours pénible. La loi a permis à la mère remariée de rester tutrice, mais il faut que la situa-

Digitized by Google

tion nouvelle qui lui est faite soit contrôlée ; qu'un Conseil de famille, réuni sur sa demande et avant le mariage, décide si l'intérêt des enfants permet ou non de lui laisser ses fonctions. Et si l'affirmative est adoptée, son mari devient son cotuteur. Ce n'est plus seulement de fait, c'est de droit qu'il gouverne et administre avec elle et pour elle. Le Conseil des parents craint-il, au contraire, que l'influence du mari soit funeste, la tutelle de la veuve prend fin, un nouveau tuteur est nommé aux enfants du premier lit (art. 396).

Que si la mère néglige de provoquer la réunion de ce Conseil, elle en est immédiatement punie : elle est de plein droit déchue de ses fonctions et la peine atteint même son mari, « qui demeure solidairement responsable avec elle de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura induement conservée » (art. 395). On a contesté que cette disposition pût s'étendre aux actes de gestion antérieurs au mariage, aussi bien qu'à ceux accomplis postérieurement [1] ; nous trouvons la solution affirmative, sage, et quoi qu'on dise, équitable. Le second mari n'a pu ignorer la tutelle dont était chargée la veuve ; il a dû avant le mariage prendre soin qu'elle accomplît les prescriptions de l'article 395 ; et s'il ne l'a fait, il est au même titre qu'elle coupable de négligence, la peine ne le frappe pas à tort. Il

1. *Infra*, p. 339 ; Demol., t. VII, nos 126 et seq.

Digitized by Google

y a plus, cette abstention de la femme, dont le mari n'a pas pu ne pas être complice, doit, par le fait même de ce concert, être soupçonnée de fraude, et c'est avec juste raison que la responsabilité pèse sur l'un et l'autre [1].

Le second mariage du père tuteur ne lui fait pas perdre au contraire le bénéfice de la tutelle. Avant comme après cette seconde union il reste la même personne juridique, et conserve la plénitude de son autorité. Nous regrettons cependant que le Conseil de famille ne soit pas appelé à délibérer ainsi qu'il le fait au regard de la mère parce que, s'il est vrai qu'en droit le père conserve les mêmes pouvoirs, en fait, son autorité peut être singulièrement amoindrie: l'influence, la séduction, l'empire que prendra peut-être la seconde femme, la jalousie de celle-ci contre les enfants du premier lit, la haine peut-être d'une marâtre, le caractère faible du mari sont autant de causes qui sollicitaient à notre avis l'intervention du Conseil. Qu'on ne réponde pas que le subrogé-tuteur est là veillant près des enfants: il n'a pas paru suffire à la protection des mineurs dont la mère se remarie. Et en fait, que peut faire le subrogé-tuteur contre la volonté du père de famille? Aurait-il d'ailleurs les moyens de l'empêcher

1. Cf. D. Alph., v° *Tutelle*, n° 109, note : Nîmes, 30 nov. 1831, et les sources citées.

Digitized by Google

d'être tuteur, et c'est peut-être cela même qu'il fallait éviter.

III. — *Tutelle légitime des ascendants*

La tutelle légitime des ascendants nous vient des pays de droit écrit qui l'avaient reçue du droit romain : elle dérive de l'ancienne tutelle légitime des agnats ou plutôt peut-être de l'ancienne tutelle de l'ascendant émancipateur, le pupille romain ne pouvant jamais avoir un de ses ascendants pour tuteur à titre d'agnat. Rappelons aussi que le droit romain, plus soucieux de l'utilité de la famille que de celle de l'enfant, confiait ce dernier aux mains de son héritier présomptif, évidemment plus intéressé que personne à la bonne gestion du patrimoine. Ces mœurs-là ont disparu, le Code civil appelle encore les ascendants, mais c'est en raison de leur affection pour leur descendant orphelin.

La loi prévoit le concours possible de deux aïeuls coexistants et elle fixe l'ordre dans lequel ils seront appelés à la tutelle. Ses désignations se réfèrent à deux règles ; elle consacre : 1° la priorité du degré, 2° la préférence à la génération par les mâles. Le concours s'établit-il entre les deux aïeuls, c'est l'aïeul paternel qui est tuteur ; entre un aïeul même maternel et un bisaïeul, c'est le premier qui l'emporte ; entre deux bisaïeuls paternels, c'est celui qui se rattache à l'enfant par une suite non

Digitized by Google

interrompue de mâles ; entre deux bisaïeuls maternels ou entre des ascendants d'un degré plus éloigné encore, hypothèse qui pour être invraisemblable n'est pas impossible, c'est le Conseil de famille qui fait la désignation. La tutelle est bien encore légitime, c'est encore la loi qui la confère, elle dit seulement au Conseil de famille de choisir entre les parents qu'elle leur indique. Enfin les ascendantes ne sont jamais tutrices légales (art. 202 à 204).

Y a-t-il dévolution d'un ascendant à un autre? L'ascendant tuteur venant à décéder, un autre ascendant lui succède-t-il conformément aux règles qui précèdent ou bien faut-il recourir à la tutelle dative? Nous ajournons l'examen de cette question [1].

Une différence capitale distingue la tutelle légitime des ascendants de celle du survivant des époux. Le père, la mère sont de plein droit tuteurs, c'est un privilége qu'à moins d'indignité l'on ne peut leur enlever, celui qui décède ne peut priver de ces fonctions son conjoint survivant, le père a seulement la permission de nommer un Conseil à la mère. Il n'en est pas de même des ascendants d'un degré plus éloigné, la loi ne les appelle que si le dernier décédé des père et mère ne les a pas exclus par la nomination d'un tuteur testamentaire ; leur

1. *Infra*, p. 265.

Digitized by Google

vocation peut être anéantie par une volonté étrangère, elle n'est que conditionnelle, celle des père et mère est pure et simple.

§ 2

TUTELLE TESTAMENTAIRE

Ainsi que nous venons de le dire, la loi permet au dernier mourant des conjoints de nommer un tuteur à leurs enfants mineurs, par testament ou par une déclaration devant le juge de paix ou devant notaires (art. 397, 398, 392). C'est le complément de leur tutelle légitime; en leur conférant celle-ci de plein droit, on devait naturellement leur donner le moyen de la continuer pour ainsi dire par la nomination d'une personne sûre, fidèle et dévouée. Leur affection garantit d'ailleurs l'excellence de leur choix; il est manifeste qu'ils désigneront pour leur successeur un ami éprouvé, dont ils auront apprécié l'esprit, les idées, les vues, et qui par suite ne fera qu'achever l'éducation que la mort vient interrompre [1].

La nomination pourra être faite conditionnellement ou à terme, de manière que le commencement ou la cessation des fonctions du tuteur soient subordonnés à l'événement d'une condition ou à l'expiration du temps fixé. Mais on ne pourrait

1. Rapport au Tribunat par Huguet, LOCRÉ, t. 7, p. 251-3.

Digitized by Google

nommer deux tuteurs devant entrer en charge l'un après l'autre : le droit romain ne le permettait pas et rien n'autorise à croire que le législateur ait voulu consacrer une telle anomalie.

« Le droit individuel de choisir un tuteur n'appartient qu'au dernier mourant, » dit l'article 397 : quelque simple que paraisse cette rédaction, elle ne laisse pas que de donner lieu à des difficultés : le dernier mourant peut-il en effet nommer un tuteur testamentaire dans toutes les hypothèses? Point de question lorsque le survivant exerce la tutelle au moment où il décède, c'est le cas le plus simple, le *quod plerumque fit*, celui qu'a eu en vue le législateur. Mais *quid* si le testateur n'exerce pas la tutelle ?

A. — Supposons d'abord qu'il a été interdit, exclu ou destitué de la tutelle (art. 444), frappé d'une peine afflictive perpétuelle ou même temporaire (art. 443), déclaré déchu de la puissance paternelle (art. 335, C. Pén.) : dans tous ces cas, la loi prononce son incapacité ou son indignité d'être lui-même tuteur, comment pourrait-il déférer la tutelle? Il ne saurait même être membre d'un Conseil de famille, « concourir par sa voix à l'élection d'un tuteur, » il serait absurde par suite qu'il pût en créer un par sa seule volonté [1]. Dans ces diverses

1. Duranton, t. III, n° 436.

Digitized by Google

hypothèses, les auteurs sont d'accord, la tutelle testamentaire n'est pas licite.

B. — Supposons maintenant que, si le dernier mourant n'est pas tuteur, ce n'est plus en raison de son indignité mais seulement parce qu'il s'est fait excuser. Et d'abord, il ne peut nommer un tuteur devant le juge de paix ou devant notaires pour le remplacer de son vivant, parce que l'article 405 prévoit le cas et décide qu'alors il y a lieu d'élire un tuteur datif[1], parce que aussi l'article 397 suppose évidemment la mort des *deux* époux. Mais la désignation est-elle licite pour après la mort du père? Oui, et le tuteur datif actuellement en exercice se retirera devant le tuteur testamentaire. En effet, de par l'article 397 le dernier mourant a un droit qui n'a d'autre base que sa puissance paternelle, et pour l'en priver il faut qu'il soit déclaré indigne, incapable ou déchu de cette puissance. Le père s'est fait excuser, parce que sa santé, son âge, ses fonctions ne lui laisseraient pas la liberté d'administrer et de surveiller, mais il n'a pas cessé d'aimer ses enfants et il a bien le droit de prendre soin de leur avenir ; ce n'est pas l'aptitude à la tutelle qu'il a perdu, c'en est

1. « Lorsque le tuteur de l'une des qualités ci-dessus exprimées (père, mère, tuteur élu, ascendants)..... se trouvera valablement excusé....., il sera pourvu..... »

Digitized by Google

seulement l'exercice qu'il a refusé. Aussi après s'être fait excuser, a-t-il le droit, si les causes d'excuse viennent à disparaître, de redemander les fonctions dont il s'était fait d'abord décharger (art. 431 *in fine*). Tant il est vrai que, resté investi de sa puissance paternelle, il est resté digne d'être tuteur et par suite digne de choisir un tuteur testamentaire.

Du reste, le Code civil admet évidemment cette théorie, ou bien l'article 399 n'a pas de sens. Ce texte déclare qu'une mère remariée et non maintenue dans la tutelle ne peut nommer un tuteur testamentaire : si ce droit lui avait été enlevé par cela seul qu'elle n'avait pas conservé la tutelle, l'article eût été inutile, il révèle chez ses auteurs la pensée qu'il n'y a pas corrélation nécessaire entre l'exercice de la tutelle et le droit de nommer un tuteur par testament[1].

L'opinion contraire est soutenue par M. Demolombe. L'éminent professeur pense que la tutelle testamentaire n'est que la suite de la tutelle légitime du survivant, qu'il faut la posséder pour la donner et que dans l'espèce le père ne peut transmettre un droit qui n'est pas entre ses mains. Nous avons répondu à cet argument en montrant que, né de la puissance paternelle, le droit de l'article 397

1. *Sic* : Duranton, t. III, n° 438; — Demante, t. II, n° 146 *bis*, II; — Ducaurroy et Bonnier, t. I, n° 598.

Digitized by Google

n'est perdu que lorsque cette puissance paternelle est elle-même perdue, et que pour n'en avoir pas l'exercice on n'est pas dépouillé d'un droit. Quant à l'argument que nous a fourni l'article 399, on n'y répond pas, et l'on ne fait plus intervenir que des considérations morales, comme l'inconvénient qu'il y aurait à substituer un tuteur à un autre ou le peu de dévouement d'un père qui n'aura pas craint de se décharger de la surveillance de ses enfants [1].

C. — En ce qui concerne la mère, distinguons : non remariée, elle a refusé la tutelle, nous dirons de même qu'elle peut user du droit de l'article 397, parce que son refus ne diffère de l'excuse que par l'absence de motifs ; remariée et maintenue dans la tutelle elle le peut encore, l'article 400 le déclare, il veut seulement que le Conseil de famille approuve son choix, et celui-ci est libre de ne pas le ratifier : l'influence possible du second mari justifie suffisamment cette prescription ; remariée enfin et non maintenue, elle est privée du droit de nomination (art. 399), elle a été en effet l'objet d'une véritable exclusion ou tout au moins d'une suspicion qui doit subsister après sa mort.

D. — L'époux survivant est interdit ou déchu de

1. Dem., t. VII, nos 161 et seq. ; — Marc., t. II, art. 397, no 1 ; — Aubry et Rau, t. I, p. 370.

Digitized by Google

la puissance paternelle, il ne sera par suite jamais tuteur légal : le premier mourant peut-il nommer un tuteur testamentaire ? Oui, a-t-on dit, parce que si le droit n'appartient qu'au dernier mourant, c'est que l'époux prédécédé doit respecter la tutelle légale du survivant ; en l'espèce, celle-ci est impossible, il y aurait donc lieu sans préjudice pour personne d'ouvrir le droit de l'article 397[1]. Mais non, car le texte est formel, il ne s'applique qu'à l'hypothèse où le testateur est le dernier décédé : « Le droit de nommer n'appartient qu'au dernier mourant. » L'opinion que nous combattons s'appuie sur des raisons sérieuses, mais l'admettre serait faire la loi au lieu de l'interpréter.

E. — Enfin si l'un des époux est absent, celui qui est présent peut-il nommer un tuteur testamentaire? Nous distinguerons si l'absence est seulement présumée ou déclarée : dans le premier cas, on ne peut pas dire que celui qui décède est le dernier mourant; c'est au contraire la présomption légale dans le second cas (art. 129). C'est donc dans cette dernière hypothèse seulement que le tuteur testamentaire est valablement nommé. C'est du reste ce que semble décider la loi elle-même : en effet, l'article 142 suppose que la mère vient à décéder avant la déclaration de l'absence du père,

1. Delvinc., t. I, p. 105, note 1.

Digitized by Google

et prescrit au Conseil de famille de remettre la surveillance des enfants aux ascendants ou à un tuteur provisoire : apparemment, c'est qu'en l'espèce, le législateur n'admet pas qu'il puisse y avoir ouverture à une tutelle testamentaire. Mais il en est autrement, *a contrario* de cet article, si l'absence est définitivement prononcée ; cette déclaration, du reste, donne naissance à tous les droits subordonnés au décès de l'absent (art. 129)[1].

§ 3

TUTELLE DATIVE

A. — Lorsque les père et mère sont tous deux décédés, lorsqu'ils n'ont pas nommé de tuteur testamentaire, qu'il n'existe plus d'ascendants mâles, comme aussi lorsque le tuteur de l'une de ces qualités ne peut, par suite d'incapacité, d'exclusion ou de destitution, remplir les fonctions qui lui sont déférées ou qu'il a fait admettre des excuses, la nomination du tuteur est remise au Conseil de famille (art. 405).

Ce Conseil est convoqué sur la réquisition d'un parent, d'un ami, d'un créancier, d'un intéressé quelconque, ou même d'office par le juge de paix informé du décès qui donne ouverture à la tutelle. Il se compose de six parents choisis par moitié

1. Demol., t. II, nos 325 et 335.

Digitized by Google

dans chacune des deux lignes et désignés par le juge de paix qui en a la présidence. Autant que possible le choix porte sur les parents ou les alliés les plus proches en degré et résidant tant dans la commune où s'ouvre la tutelle que dans un rayon de deux myriamètres. Mais la règle n'est pas impérative : ainsi n'existe-t-il pas sur les lieux des parents ou alliés en nombre suffisant, le magistrat peut appeler à son choix des parents domiciliés à de plus grandes distances ou simplement des amis du mineur, et dans l'hypothèse inverse il pourrait permettre de citer des parents demeurant à de grandes distances s'ils sont plus proches en degré que ceux qui résident en nombre suffisant dans le voisinage (art. 406, 407, 409 et 410).

Il y a des parents cependant qu'on ne peut pas écarter du Conseil de famille, ce sont les frères germains et les maris des sœurs germaines du mineur, ses ascendantes veuves [1] et ses ascendants, valablement excusés, ou non appelés à la tutelle par suite de l'existence d'un tuteur légitime préférable ou d'un tuteur testamentaire (art. 408).

1. Nous disons les *ascendantes veuves* et non « les *veuves d'ascendants* » comme le porte l'article 408. La formule veuves d'ascendants comprendrait des femmes épouses en secondes noces d'ascendants du mineur, complétement étrangères à celui-ci et ne pouvant, par conséquent, prétendre au privilége de faire partie de son Conseil de famille. L'article 408 est évidemment mal rédigé, puisque l'article 442 déclare incapables de faire partie de ce Conseil les femmes autres que la mère et les *ascendantes*.

Digitized by Google

Quel que soit leur nombre, ils font tous partie du Conseil de famille, on n'appelle d'autres parents que s'ils ne sont pas au moins six.

Les membres ainsi désignés sont convoqués par le juge de paix, mais ils peuvent se faire représenter par des mandataires distincts ; il leur est seulement défendu de prescrire à ces mandataires les votes qu'ils devront émettre, la délibération devant en effet dégager l'utilité et l'intérêt des enfants, il ne faut pas que la liberté d'un ou plusieurs se trouve enchaînée. Le parent convoqué qui ne se présente pas, soit en personne, soit par procureur, est frappé d'une amende, à moins qu'il n'allègue une excuse légitime.

Enfin, l'assemblée se tient au lieu que désigne le juge de paix, il la préside, prend part aux votes, et en cas de partage, sa voix est prépondérante (art. 411 à 417).

Le Conseil de famille, composé suivant ces règles, procède donc à l'élection d'un tuteur. Si son choix tombe sur l'un de ses membres, celui-ci doit immédiatement accepter la tutelle ou proposer ses excuses, sur l'admission ou le rejet desquelles on délibère aussitôt ; si, au contraire, le tuteur nommé n'est pas présent et veut faire valoir des excuses, il doit provoquer, pour les examiner, une nouvelle réunion dans les trois jours qui suivent la notification de son élection. Il peut appeler devant la

Digitized by Google

juridiction civile de la décision qui aurait rejeté ses excuses, mais il doit toujours administrer provisoirement (art. 438 à 441).

B. — L'article 405 indique les hypothèses qui donnent ouverture à la tutelle dative, mais doit-il être strictement appliqué ; ne faut-il pas, au contraire, appeler quelquefois les ascendants à la tutelle légitime, malgré la lettre de cet article ?

Or, je suppose que l'époux survivant est incapable d'être tuteur, il fait accepter une excuse, il est exclu de la tutelle ou en est destitué, ou il est autorisé à s'en démettre après l'avoir exercée quelque temps ; je suppose que le tuteur testamentaire est décédé avant le testateur, ou bien il se trouve dans l'un des cas qui viennent d'être énumérés ; l'ascendant le plus proche se présente alors et réclame le privilége que lui confère la loi. Le législateur, dit-il, institue quatre tutelles et consacre un chapitre à chacune d'elles, l'ordre qu'il adopte indique l'ordre de ses préférences, aucune ne s'ouvre que les précédentes ne soient impossibles ; or, pas de tuteur datif, parce que je suis là représentant l'ordre des ascendants [1] !

Les partisans de cette opinion ne prouvent pas d'abord que l'ordre suivi par le rédacteur du Code civil, dans son énumération des tutelles, soit

1. *Sic*, Augier, *Encycl. des Juges de Paix*, . V, p. 197.

Digitized by Google

l'ordre de ses préférences. Il n'y a là qu'un classement méthodique ; or, l'ordre des préférences est au contraire tout différent. Quelle en doit être la base ? Il est manifeste que c'est l'utilité, l'avantage, la meilleure protection de l'enfant. Comparons donc toutes les tutelles entre elles et demandons-nous laquelle est la plus favorable à ses intérêts, laquelle par suite est préférée du législateur. Au premier rang, nous mettrons la tutelle dative ; en effet, c'est l'assemblée des parents les plus proches qui l'a déférée, leur choix éclairé par une délibération où tous les avis, tous les renseignements utiles se sont produits, n'a pu se porter que sur le plus digne. Nous placerons ensuite la tutelle légitime des père et mère et la tutelle testamentaire : l'une n'est que la consécration du droit naturel de puissance paternelle ; l'autre n'en est que le corollaire, et l'affection présumée de celui qui l'a déférée est un gage de la dignité parfaite de celui qui l'a reçue.

Quant à la tutelle légitime des ascendants, elle doit être vue avec moins de faveur ; rien en effet ne garantit le mérite de celui qui l'obtient, elle lui a été attribuée en effet uniquement en raison de sa consanguinéité, en dehors de tout examen de ses qualités morales.

C'est donc à la tutelle dative qu'il faut recourir le plus souvent possible ; quant à celle des ascendants, il faut ne l'appliquer qu'aux cas limitative-

Digitized by Google

ment indiqués par la loi. Quelles sont donc ces hypothèses ? L'article 405 les indique, et sa rédaction révèle bien la pensée d'écarter l'ascendant. Il y a lieu, dit-il, pour le Conseil de famille de nommer un tuteur, lorsque le père ou la mère n'existent plus, lorsqu'ils n'ont pas fait de nomination, lorsqu'il n'y a plus d'ascendants mâles « ou lorsque le tuteur de l'une des qualités ci-dessus exprimées se trouve exclu ou valablement excusé. » Ce qui revient à dire que l'existence seule d'une personne d'un ordre préférable met obstacle à l'entrée en fonctions de l'ascendant, quand bien même elle n'aurait pas été investie de la tutelle à laquelle elle était appelée.

Ainsi le père ou la mère survivant, ou le tuteur qu'ils avaient choisi, a-t-il été excusé, exclu ou destitué, l'ascendant ne peut prétendre à la tutelle, l'article 405 l'écarte.

Telle était du reste la doctrine du droit romain ; la loi 11, au Digeste, *de Test. tut.*, était précise sur ce point, et il faut convenir que si les rédacteurs du Code avaient voulu adopter une solution nouvelle, leurs travaux préparatoires au moins, à défaut de texte, devraient le constater, et il n'en est rien.

Et puis que l'on remarque combien se justifie l'opinion que nous soutenons, en laissant même de côté les termes de l'article 405. On veut que la

Digitized by Google

tutelle puisse être déférée à l'ascendant, même du vivant du père ou de la mère qui n'en a point été chargé ! Mais l'article 402 n'appelle cet ascendant que si le *dernier* mourant n'a fait aucune désignation. Ainsi les premiers mots de la section consacrée à l'ascendant supposent le décès des deux conjoints. On veut que la tutelle puisse lui être déférée malgré l'existence d'un tuteur testamentaire qui s'excuse ou est écarté ! Mais l'ordre préféré à l'ascendant est représenté et il faudrait qu'il fût défaillant pour que celui-ci fût appelé (art. 402). Le testateur a fait un choix, il a par là déclaré qu'il voulait écarter cet ascendant, et celui-ci est devenu suspect ; le père a fait tout ce qui était en son pouvoir, celui dont il a fait choix ne peut être tuteur, la loi s'inspirant de sa volonté achève son œuvre.

C'est là, du reste, une doctrine que la jurisprudence a consacrée par de nombreux arrêts[1].

C. — On peut se demander aussi s'il y a dévolution d'un ascendant à un autre. Distinguons : oui, en cas de décès, non en toute autre hypothèse.

L'aïeul après avoir exercé un certain temps la tutelle légitime vient à mourir, ses fonctions vont passer à celui qui le suit immédiatement.

1. Cass., 26 févr. 1807 ; Toulouse, 18 mai 1832 ; Paris, 24 juillet 1835 ; Rouen, 18 déc. 1839 (D. Alph., v° *Minorité*, n°s 151, 363, 210, 150) ; Paris, 24 juin 1856 (Sir., 56, 2, 527) ; — Demol., t. VII, n°s 178 à 180.

Digitized by Google

En effet, l'article 402 l'appelle *à défaut* du précédent : cette formule générale admet donc en principe la règle de la dévolution, et il faudrait un texte contraire pour écarter les ascendants successifs.

Mais ce texte, nous le rencontrons lorsque la tutelle du premier aïeul cesse pour toute autre cause que son décès ; c'est encore l'article 405. Cet article veut qu'un tuteur datif soit élu non pas alors seulement qu'il n'y a pas d'ascendants mâles, comme le pensent quelques auteurs [1], mais bien lorsque celui de ces ascendants que son degré et sa ligne désignaient, est *exclu ou valablement excusé* [2]. C'est qu'en effet, nous le répétons, la loi n'aime pas cette tutelle légitime : l'ordre des ascendants a été appelé, celui qui le représente ne peut ou ne veut accepter, on ne lui fait point injure, comme cela aurait lieu en cas de décès d'un premier ascendant tuteur, si l'on passe outre. Cela est si vrai que le Code lui-même en donne un exemple dans l'article 394 : la mère ne veut pas se charger de la tutelle, l'ordre est représenté, aussi n'est-ce pas un aïeul, mais bien un tuteur datif qui est appelé à la remplacer.

1. Duranton, t. III, n° 447 ; — D. Alph., v° *Minorité*, n° 152 ; — Augier, *Encycl. des J. de Paix, loc. cit.*; — Ducaurroy, t. I, n° 602.
2. Demol., t. VII, n°s 186-7 ; — Aubry et Rau, t. I, p. 372-3.

Digitized by Google

SECTION II

Garanties morales réclamées du tuteur

Pour que la protection que son pupille attend de lui soit efficace, le tuteur doit fournir certaines garanties de capacité, de moralité, de fidélité. Les unes intéressent à la fois la direction de la personne et la gestion des biens du mineur ; les autres n'ont que ce dernier but, elles seront indiquées ultérieurement [1] ; en ce moment nous n'étudions que la personne, nous exposerons rapidement les seules règles qui la concernent.

Les garanties que nous rangeons dans cette dernière classe sont inhérentes à la personne du tuteur, ce sont celles qui résultent de sa capacité ou de son honorabilité. La loi les distingue en trois catégories auxquelles correspondent trois rubriques: excuses, incapacités, causes d'exclusion ou de destitution.

Les excuses se distinguent des incapacités, exclusions ou destitutions, en ce qu'elles ont surtout pour cause l'intérêt du tuteur, tandis que les autres ont pour cause l'intérêt du pupille.

Les incapacités se distinguent des causes d'ex-

1. *Infra*, p. 338.

Digitized by Google

clusion ou de destitution, d'abord en ce qu'elles visent des personnes non encore appelées à la tutelle, et aussi et surtout en ce qu'elles sont fondées sur des motifs de faiblesse, d'inexpérience, de défaut de liberté qui n'ont rien de déshonorant : il n'en est pas de même des causes d'exclusion ou de destitution.

L'exclusion et la destitution sont prononcées, l'une et l'autre, pour les mêmes motifs ; seulement l'une intervient au début de la tutelle pour écarter un tuteur légitime ou testamentaire, l'autre n'intervient qu'ultérieurement pour révoquer un tuteur légitime, testamentaire, ou datif, placé tout à coup dans une situation qui l'aurait d'abord fait exclure.

§ 1er

EXCUSES

En principe, la tutelle est une charge obligatoire et dont on ne peut s'affranchir, *munus publicum*, comme on disait en droit romain. Cependant, il est possible qu'à raison de circonstances particulières elle soit vraiment onéreuse pour celui auquel elle incombe, et par suite funeste aux intérêts de l'enfant: il était de l'intérêt de tous deux qu'il fût permis de s'en excuser.

Les causes d'excuses varient suivant la qualité des personnes. On comprend par exemple que les

Digitized by Google

parents du mineur doivent être moins facilement dispensés que des personnes étrangères à la famille. Il n'y a qu'une personne qui puisse toujours, en tout état de cause et sans même alléguer de motif, résigner les fonctions que la loi lui défère: c'est la mère (art. 394), elle est tenue seulement de les remplir jusqu'à ce que son tuteur soit nommé. Cette faveur s'explique, il se peut en effet que la faiblesse, l'inexpérience inhérentes à son sexe lui fassent craindre de compromettre les intérêts de son enfant et elle se récuse.

Mais *quid?* l'aïeule, tutrice dative (art. 442,-3°) aura-t-elle le même droit? M. Demolombe pense que oui. S'il est vrai que l'article 394 ne parle que de la mère, le savant professeur pense qu'il faut l'appliquer encore et par *à fortiori* à l'ascendante, car celle-ci plus âgée est encore moins en état de gérer, et plus éloignée par sa parenté et son affection, le devoir qui la lie au mineur est moins étroit[1]. Nous ne croyons pas devoir admettre cette solution: c'est de la tutelle légale que la mère se démet, c'est-à-dire d'une tutelle qui lui est déférée en sa seule qualité de mère et abstraction faite de toute circonstance de fait. La tutelle dont veut s'excuser l'aïeule c'est une tutelle dative, une tutelle par suite dont le Conseil de famille l'a reconnue capable: de là on voit que si l'article 394 ne parle que de la mère,

1. Demol., t. VII, n° 443.

Digitized by Google

c'est avec raison et parce que les hypothèses sont toutes différentes.

Il y a des excuses perpétuelles, d'autres sont seulement temporaires comme la cause sur laquelle elles sont fondées ; il y a des excuses qui dispensent de la tutelle non encore acceptée aussi bien que de celle exercée déjà quelque temps, il y en a d'autres qu'on ne peut invoquer qu'au début des fonctions. Enfin elles sont pour la plupart tirées du droit romain qui les avait déjà admises [1].

Le Code énumère six causes d'excuses, en dehors de celle qui est spéciale à la mère (art. 427 à 438).

1° *Certaines dignités, fonctions ou missions publiques.* — Il importe à l'État, en effet, que les citoyens investis de fonctions publiques ne soient pas détournés de leurs devoirs par des intérêts privés ; et en sens inverse, il importe au pupille que son tuteur n'ait point tout son temps absorbé par d'autres soins. Toutefois, si la tutelle conférée postérieurement aux fonctions a été acceptée, on ne peut plus s'en excuser ; mais si elle est échue avant ces fonctions, la collation de celles-ci pourra être valablement invoquée.

2° *Le grand âge.* — A 65 ans l'on peut refuser une tutelle, mais on ne peut se démettre de celle

1. Inst., I, t. 25.

Digitized by Google

échue avant cette limite qu'après l'âge de 70 ans révolus.

3° *Les infirmités.* — Il faut une infirmité grave et dûment justifiée, rendant la tutelle vraiment difficile et pouvant la compromettre. Peut-on invoquer l'infirmité postérieurement à l'entrée en fonctions? Oui, quand bien même elle aurait existé déjà antérieurement, car elle a pu s'aggraver et rendre maintenant inefficace une surveillance d'abord suffisante : le Conseil de famille appréciera.

4° *Le nombre des tutelles.* — Celui qui est chargé déjà de deux tutelles ne peut être forcé d'en accepter une troisième ; et celui qui, époux ou père, est déjà tuteur, ne peut être obligé de le devenir une seconde fois, si ce n'est de ses propres enfants.

5° *Le grand nombre des enfants.* — L'éducation d'un grand nombre d'enfants laisse bien peu de temps au père de famille et la tutelle qu'on lui imposerait encore risquerait d'être compromise. Aussi le père de cinq enfants légitimes, c'est le nombre fixé par la loi, peut-il s'en faire dispenser, mais il est manifeste qu'il ne peut refuser d'être tuteur de ses propres enfants. A l'imitation du droit romain, le Code fait entrer dans la supputation du nombre qui précède, les enfants morts en activité

Digitized by Google

de service dans les armées ; quant à ceux qui sont morts de toute autre manière, ils ne sont comptés que s'ils ont laissé des descendants légitimes. Il faut que les cinq enfants légitimes soient nés avant l'ouverture de la tutelle, la survenance au cours de celle-ci de nouveaux enfants ne pourrait être invoquée (art. 437).

6° *La non-parenté.* — La tutelle est une charge publique obligatoire, mais c'est surtout une charge de famille, c'est donc sur les parents qu'elle doit peser de préférence. Aussi, tout citoyen non parent ni allié, n'en peut être investi malgré lui, s'il existe des parents ou alliés dans un rayon de quatre myriamètres, à partir du lieu où elle s'ouvre.

Ajoutons que c'est au Conseil de famille que les excuses doivent être proposées et ce dans un très-bref délai (art. 438-9), que si ces excuses sont rejetées le tuteur peut former appel devant la juridiction civile ; que pendant le litige il est tenu d'administrer provisoirement (art. 440).

Quant aux dépens du procès, l'article 441 consacre une règle exceptionnelle: le tuteur succombe-t-il, il les supporte, c'est le droit commun; mais obtient-il la réformation de la décision du Conseil de famille, les membres qui composaient ce Conseil ne sont pas nécessairement condamnés aux dépens. Ce n'est pas en effet un procès personnel

Digitized by Google

qu'ils ont soutenu, et si leur décision est annulée, ils ne doivent pas nécessairement être tenus des conséquences d'un acte qu'ils avaient cru accomplir dans le seul intérêt du pupille : c'est celui-ci qui dans cette hypothèse supportera les dépens (art. 441, C. civ., et 130, C. pr.)

§ 2

INCAPACITÉS

Le Code déclare incapables d'être tuteurs :

1° *Les mineurs, excepté les père et mère.* — Le mineur, en effet, ne peut pas plus diriger un incapable qu'il ne peut se diriger, incapable lui-même ; et la loi ne distingue pas entre le mineur émancipé et le mineur non émancipé. Elle fait seulement exception pour les père et mère : ceux-ci sont investis de la puissance paternelle, ils doivent également l'être de la tutelle malgré leur âge. Le mariage a eu pour effet de les émanciper, et ils n'ont en ce qui les concerne eux-mêmes que la capacité d'un mineur émancipé, au regard de leurs enfants ils n'auront encore que celle-là. Quant à eux-mêmes, ils ont un protecteur qui les assiste toutes les fois que la loi l'ordonne, c'est leur curateur ; mais si dans les mêmes hypothèses c'est dans l'intérêt de leurs enfants qu'ils agissent, se feront-ils encore

Digitized by Google

assister de leur curateur ? Il semble plus naturel d'appeler alors à côté d'eux le subrogé-tuteur puisqu'il s'agit des affaires de la tutelle.

2° *Les Interdits.* — Leur incapacité civile est en effet la même que celle des mineurs. Il n'est pas d'ailleurs question ici des individus frappés d'interdiction légale, à ceux-là s'appliquent l'exclusion et la destitution.

Mais *quid* des individus pourvus d'un Conseil judiciaire ? Le Code est muet. Une première opinion les assimile aux interdits par analogie, ils sont aussi bien que les interdits impropres à la direction du mineur et à l'administration de ses biens. Il faut également les écarter. Une seconde opinion répond avec raison qu'en matière d'incapacité, matière essentiellement de droit étroit, on ne raisonne pas par analogie. Le législateur aurait facilement ajouté à son énumération, s'il l'eût voulu, les individus pourvus d'un Conseil judiciaire, il ne l'a pas fait, les exceptions ne se créent pas et l'assimilation est impossible. Seulement la pratique apportera le remède : on fera exclure ou destituer un tel tuteur pour cause d'incapacité.

3° *Les femmes* autres que la mère ou les ascendantes ; ces dernières ne peuvent être que tutrices datives. On peut remarquer, comme pouvant se rencontrer, cette situation bizarre d'une ascendante

Digitized by Google

qui serait tutrice alors qu'elle serait soumise à la puissance de son mari, si celui-ci avait été écarté de la tutelle légale, ou si époux en secondes noces il n'avait pas le pupille pour descendant.

4° Ceux qui ont ou dont les père et mère ont, avec le mineur, un procès dans lequel l'état ou une partie notable de la fortune de celui-ci sont engagés. Cette disposition est sage, car l'administration du tuteur, quelle que soit d'ailleurs sa bonne foi, pourrait se ressentir d'une trop grave opposition d'intérêts qui existe alors entre lui et son pupille. Il n'en faut pas toutefois exagérer l'importance ; car cette opposition d'intérêts a pour modérateur le subrogé-tuteur. Et puis si l'administration n'est pas suffisamment fidèle ou diligente, le Conseil de famille peut écarter le tuteur. Le danger n'est donc pas aussi considérable qu'il paraît tout d'abord, et nous estimons qu'il faut restreindre l'incapacité à la seule hypothèse spécialement prévue par l'article 442 et non l'étendre à des espèces analogues [1].

§ 3

EXCLUSION ET DESTITUTION

Les mêmes causes, nous l'avons déjà dit, s'appliquent à l'exclusion et à la destitution, qui ne

1. Demol., t. VII, nos 475-7.

Digitized by Google

se distinguent que par la différence des époques auxquelles elles interviennent.

1° *Les condamnations.* — L'article 443 prononce l'exclusion ou la destitution de plein droit contre le tuteur condamné à une peine afflictive infamante. Il a, en effet, par voie de conséquence, encouru l'interdiction légale et la dégradation civique (art. 28, 29, C. pén.).

Le Code pénal a apporté une exception : l'individu ainsi flétri par la justice peut encore être tuteur de ses propres enfants, mais seulement sur l'avis conforme du Conseil de famille (art. 28 et 34.) Le même Code déclare encore susceptible, mais susceptible seulement d'exclusion ou de destitution le tuteur frappé même de condamnations correctionnelles, et pour certains délits, tels que l'excitation à la débauche, le vol, l'abus de confiance (art. 335, 401, 405-6, 408, 410 et 42 du C. pén.) ; dans le cas de l'article 335, l'exclusion est forcée.

2° L'*Inconduite notoire.* — Deux conditions sont essentielles, l'inconduite du tuteur et la notoriété de cette inconduite : on recourra à une enquête. On s'est demandé par exemple si le fait d'entretenir une liaison illicite pouvait exclure le père ou la mère de leur tutelle. On craignait en effet qu'une pareille action ne portât par ses révélations une terrible atteinte à la puissance paternelle. La ré-

Digitized by Google

ponse est dans le mot notoire employé par le texte: il ne faut pas invoquer et prétendre démontrer une liaison secrète, mais si celle-ci est notoire, l'alléguer n'est pas la révéler et la puissance paternelle ne souffre pas du procès. L'inconduite ne vise pas seulement les mœurs du tuteur, on s'accorde à l'étendre à ses habitudes de prodigalités ou de gaspillages déraisonnables.

3° *L'Incapacité ou l'Infidélité.* — L'incapacité atteste un défaut d'intelligence ou d'habileté qui n'a rien de déshonorant, aussi est-il pénible de provoquer pour une telle cause l'exclusion ou la destitution du tuteur. Cependant les intérêts de l'enfant priment toute autre considération, et il faut bien passer outre. — Le Conseil de famille fera bien en pareil cas d'amener le tuteur par les voies de la persuasion à se démettre de ses fonctions.

Il n'en est pas de même de celui dont la gestion atteste l'infidélité. Le déshonneur qui l'atteint est mérité.

Il ne faut pas croire que l'incapacité ou l'infidélité dont parle la loi se réfèrent seulement à la gestion des biens de l'enfant, ces termes comprennent aussi la direction de sa personne.

Le tuteur qui ne surveille pas efficacement son pupille, qui le laisse par exemple exposé à des sé-

Digitized by Google

ductions [1], est incapable ; celui qui ne l'élève pas conformément à son rang, à sa fortune, qui ne lui enseigne pas les principes de l'honneur, ou qui le rend témoin de sa propre indélicatesse, est infidèle.

La faillite du tuteur, sa mauvaise administration, en ce qui concerne son propre patrimoine, constituent-elles nécessairement l'incapacité ? Non, mais le Conseil de famille a un pouvoir d'appréciation, il y a des faillis malheureux et il y a des faillis non excusables (art. 537, C. Co.) ; il y a des administrateurs que leurs désordres habituels rendent suspects ; d'autres qui, négligents pour eux-mêmes, sont, en raison de leur probité et du contrôle qui les surveille, et c'est le rôle du subrogé-tuteur, incapables de malversations quand il s'agit d'autrui. Ainsi l'incapacité pourra, suivant les circonstances, être prononcée.

4° (Art. 395). Si la mère tutrice se remarie et n'a pas avant le convol réuni le Conseil de famille à l'effet de décider si la tutelle doit lui être conservée, la loi la déclare déchue de plein droit. Une telle négligence la rend suspecte. C'est en vain qu'elle invoquerait son ignorance, elle n'a pu se méprendre sur la situation qu'un second mariage

1. Cour de Paris, 26 thermidor an IX ; Toulouse, 25 nov. 1830 ; D. Alph., v° *Minorité*, n° 363.

Digitized by Google

allait lui créer; et par conséquent son attention a dû nécessairement être éveillée.

5° (Art. 421). Le tuteur légitime testamentaire est tenu, avant d'entrer en fonctions, de provoquer la nomination d'un subrogé-tuteur; s'il manque à ce premier de ses devoirs, le Conseil de famille, convaincu que cette abstention est le résultat non de l'ignorance ou de la négligence, mais d'un véritable dol, peut le destituer de ses fonctions. Le subrogé-tuteur est en effet un agent nécessaire au fonctionnement régulier de la tutelle, car c'est lui qui doit surveiller les agissements du tuteur, et celui-là est suspect qui cherche à s'affranchir de ce contrôle.

SECTION III

Rôle des mandataires protecteurs du pupille

Nous allons maintenant passer en revue les divers agents qui, en complétant l'organisation de la tutelle, ont pour mission de protéger l'enfant et de veiller à la bonne gestion du tuteur. Ils sont au nombre de trois principaux : le subrogé-tuteur, le Conseil de famille, les officiers du Ministère public. Rappelons pour mémoire : le curateur au ventre, le co-tuteur, le pro-tuteur, agents secondaires et exceptionnels.

Digitized by Google

§ 1er

SUBROGÉ-TUTEUR

L'institution du subrogé-tuteur était inconnue en droit romain; si le pupille se trouvait en opposition d'intérêts avec son tuteur, on lui donnait un curateur dont les fonctions prenaient fin avec la cause qui l'avait fait nommer [1]. Il en était autrement dans le droit coutumier; le tuteur quel qu'il fût, même légitime, était soumis à la surveillance d'un subrogé-tuteur [2], ou de tuteurs consulaires, suivant la coutume normande.

C'est le Conseil de famille qui nomme le subrogé-tuteur; il n'y a pas de subrogé-tuteur légitime ou testamentaire; la nomination a lieu aussitôt après celle du tuteur, et si le tuteur n'est pas datif, son premier devoir est de provoquer cette nomination. Le subrogé-tuteur doit être pris dans la ligne à laquelle n'appartient pas le tuteur, mais cette prescription n'est pas toujours réalisable, par exemple si celui-ci est un frère germain du mineur, le subrogé-tuteur se trouve membre de la même ligne que le tuteur qui appartient à toutes les deux; il est vrai qu'on pourrait le choisir parmi des étran-

1. Inst., I, 23, § 5.
2. Cout. de Paris, art. 240.

Digitized by Google

gers, mais ce serait le plus souvent contraire aux intérêts de tous (art. 420 à 423) [1].

Les causes qui dispensent de la tutelle, en font exclure ou destituer, sont applicables au subrogé-tuteur, c'est également le Conseil de famille qui les apprécie. Le tuteur aussi bien que tout autre parent peut provoquer la destitution du subrogé, mais il ne peut prendre part au vote qui interviendra (art. 426).

Le subrogé-tuteur ne doit pas s'immiscer dans l'administration confiée au tuteur d'une manière générale, il a pour mission la surveillance. Un second devoir, devoir de gestion cette fois, lui incombe, c'est de représenter l'enfant contre son tuteur toutes les fois qu'il y a entre eux opposition d'intérêts (art. 420) [2].

Le rôle du subrogé-tuteur apparaît surtout en ce qui concerne l'administration des biens du pupille; il ne faut pas croire cependant que sa surveillance se borne aux biens, elle s'étend même à la personne, à l'éducation, aux intérêts de toute nature. Ainsi il provoque la nomination d'un nouveau tuteur, si la tutelle vient à être vacante (art 424); il dénonce au Conseil de famille la conduite du tuteur dont il provoque la destitution (art. 446). Lorsqu'il agit lui-même contre le tuteur devenu

1. Demol., t. VII, n° 369.
2. Agen, 26 mai 1864, Sir., 64, 2, 131.

Digitized by Google

l'adversaire du pupille, il se peut que la lutte ait pour objet non-seulement des intérêts pécuniaires, mais encore la sécurité, l'honneur du pupille, les violences dont celui-ci se serait plaint, l'éducation qui ne serait pas conforme à son rang social, etc., il défend à l'action du tuteur attaquant la délibération du Conseil de famille qui l'a exclu ou destitué (art. 448), il provoque s'il le croit utile l'émancipation du mineur à laquelle le tuteur s'oppose, etc.

Pour que le ministère du subrogé-tuteur soit efficace, il faut une sanction. Cependant la loi ne le rend pas en principe responsable de la mauvaise gestion du tuteur. Si par négligence il manque à révéler des fautes du tuteur, on le destitue pour incapacité, voilà la peine. Ajoutons toutefois qu'il est passible de dommages-intérêts en diverses hypothèses prévues par la loi, et notamment s'il omet de faire nommer un successeur au tuteur qui vient de cesser ses fonctions, si dans sa gestion passagère il commet un dol ou une fraude, etc. (art. 424, 1442, 2137, 1382-3).

Enfin l'article 425 déclare que « les fonctions du subrogé-tuteur cesseront à la même époque que la tutelle. » La pensée du législateur est juste, mais mal exprimée. Sans doute de même que le tuteur, le subrogé se voit déchargé par la majorité, l'émancipation, le décès du pupille; mais la destitution,

Digitized by Google

la démission, la fuite, l'interdiction, le décès du tuteur, loin de mettre fin à ses devoirs, lui en imposent au contraire un nouveau, celui de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (art. 424). Ce que la loi a voulu dire, c'est que les fonctions du subrogé-tuteur cessent lorsque le pupille cesse d'être en tutelle; mais lorsque celui-ci ne fait que passer sous la direction d'un nouveau tuteur, le subrogé reste en fonctions. Le Conseil de famille a toutefois le droit de le remplacer également, et cela devient une obligation s'il se trouve maintenant appartenir à la même ligne que le nouveau tuteur[1].

§ 2

CONSEIL DE FAMILLE

Le Conseil de famille est, nous l'avons dit déjà, l'assemblée délibérante, le comité consultatif de la tutelle. On lui soumet toules les affaires qui intéressent gravement la personne ou les biens du mineur. Tantôt, et suivant les limites que la loi a assignées à sa compétence, il se borne à exprimer un avis, tantôt il prend lui-même la résolution ; et cette résolution aussi varie dans ses effets, quelquefois elle est définitive, quelquefois elle doit être approuvée, homologuée par la juridiction civile.

Avis ou délibération, tel est en effet le double

1. Toulier, t. II, n° 1136 ; — Demol., t. VII, n°s 382 à 386.

Digitized by Google

caractère des actes du Conseil de famille. Des avis il en exprimera, toutes les fois que le tuteur, le subrogé-tuteur même ou le tribunal l'auront consulté. Quel que soit l'objet de son hésitation, le tuteur ne saurait agir plus prudemment qu'en demandant conseil aux parents de son pupille ; quelle que soit la contestation pendante devant le tribunal, l'un des meilleurs éléments de décision sera toujours pour lui l'avis de la famille. Sans doute (sauf dans l'article 494, et encore il ne s'agit pas d'un mineur) la loi ne prescrit nulle part cette consultation, mais le bon sens l'indique, il faut s'éclairer et les plus sûrs guides sont ceux à qui leur affection, leurs relations de chaque jour font le mieux connaître les intérêts de l'enfant. L'article 494 d'ailleurs, pour être étranger à l'enfant est un précédent utile à retenir, il ouvre la voie et convie à solliciter en toute matière l'avis du Conseil de famille [1].

Les délibérations de ce Conseil sont obligatoires, la loi veut qu'il y soit procédé en certaines hypothèses. Elles ont pour objet d'abord la constitution même de la tutelle, dans la suite elles précèdent la plupart des actes importants ; il n'y a guère que les opérations de l'administration quotidienne qui en soient dispensées.

Le pouvoir d'organisation ou de surveillance du

1. Cass., 8 août 1815, D. Alph., v° *Minorité*, n° 397.

Digitized by Google

Conseil se manifeste lorsqu'il nomme le tuteur, le subrogé-tuteur ou tout autre mandataire, lorsqu'il décide si la mère remariée conservera la tutelle, lorsqu'il statue sur les causes d'excuses, d'exclusion ou de destitution qui lui sont soumises; lorsqu'il prend des mesures relatives à la garde du pupille, à son éducation, à l'établissement d'instruction publique, à la maison d'apprentissage dans lesquels il sera placé [1], lorsqu'il délibère sur tous les actes importants de la gestion du patrimoine.

Des décisions ainsi adoptées, les unes ont pour ainsi dire force exécutoire par elles seules, sont définitives ; les autres ne peuvent avoir d'effet qu'après homologation du tribunal. Parmi les premières, il faut ranger celles qui ont pour objet la nomination ou la destitution du tuteur ou des autres agents de la tutelle, la garde, la direction physique ou morale du pupille; en ce qui concerne les biens, certaines aliénations peu importantes (art. 395, 396, 405, 420, 439, 447, 450-3°, 461 à 466). Parmi les secondes, au contraire, se placent tous les actes intéressant gravement le patrimoine (articles 457 à 460, 467, C. civ. ; 885 à 889, C. pr.).

Si certaines décisions ont par elles seules force exécutoire, cela ne veut pas dire qu'elles soient à l'abri de toute voie de recours : on peut, en effet,

1. Lyon, 5 avr. 1827, D. Alph., v° *Minorité*, p. 157.

Digitized by Google

les attaquer devant la juridiction civile. Le Code le déclare formellement en ce qui concerne les délibérations qui auraient rejeté les excuses du tuteur ou du subrogé-tuteur, ou prononcé leur exclusion ou leur destitution (art. 426, 440, 441, 448, 449). Il en est de même évidemment dans tous les cas où le recours se fonde sur l'irrégularité de la convocation ou de la délibération du Conseil [1].

Mais *quid* lorsqu'on attaque le fond même de la décision? L'article 883 du Code de procédure contient la réponse; il admet le pourvoi contre « toutes les délibérations du Conseil de famille. » La solution n'était pas douteuse, du reste, toutes les fois que l'on prétend la délibération directement contraire aux intérêts de l'enfant, soit en ce qui concerne sa personne, soit en ce qui concerne ses biens. Et par exemple, si le Conseil a refusé de prononcer l'incapacité, l'exclusion ou la destitution du tuteur, ou du subrogé-tuteur (art. 442-4), le débat sera valablement porté devant le tribunal. Je suppose que celui-ci déclare cette indignité, sans toutefois nommer un autre tuteur, ce qui serait

1. On s'est demandé si toutes les règles sur la formation et la délibération du Conseil sont prescrites à peine de nullité des décisions prises. Nous nous rallions pleinement à l'opinion de M. Demolombe : la délibération n'est pas nulle de plein droit, le Code ne prononçant pas cette nullité; mais le Tribunal, s'inspirant des intérêts du pupille, de l'intention des parties, du caractère de l'irrégularité, jugera en toute liberté. (Demol., t. VII, nos 328 et seq.)

Digitized by Google

outrepasser se attributions [1]. Que le Conseil, de nouveau convoqué, persiste à nommer le même mandataire, quelle sera l'issue? La délibération sera de nouveau portée devant le tribunal, qui se bornera à en déclarer la nullité, puisqu'on aura élu un homme privé du droit de l'être. L'obstination du Conseil serait donc puérile et n'est pas à redouter.

Mais peut-on dire, comme le soutiennent quelques auteurs, que la nomination des agents de la tutelle soit toujours et dans tous les cas susceptible d'être attaquée, par le seul motif, par exemple, que tel autre choix serait préférable? Non, et c'est l'unique exception à l'article 883 du C. de Proc., le droit de nomination réside exclusivement dans la personne du Conseil de famille. C'est ce qu'exprime si nettement M. Demolombe : « C'est au Conseil de famille lui-même que la loi confère le droit de nommer dans certains cas le tuteur (et dans tous les cas le subrogé-tuteur) ; ce droit lui est propre, de même que le droit de nommer un tuteur testamentaire est propre au dernier mourant des père et mère ; or la nomination faite par le mourant des père et mère, ne pourrait pas, bien entendu, être déférée à la révision du tribunal, donc il en est ainsi de la nomination faite par le Conseil

1. Cass., 27 nov. 1816, D. Alph., v° *Interdiction*, n° 164; — Montpellier, 9 prair. an XIII, *ibid.*, v° *Minorité*, n° 98.

Digitized by Google

de famille qui, encore une fois, exerce la même attribution [1]. »

Enfin, dans le cas où la délibération peut être soumise au contrôle du tribunal, il ne faut pas croire que ce pourvoi ne soit recevable que si cette délibération a été prise seulement à la majorité des membres présents, ainsi que semblent l'indiquer les termes de l'article 883 (C. Pr.). L'unanimité ne ferait pas obstacle à la demande en nullité, intentée par exemple par le subrogé-tuteur pour vice de forme ; il en sera par suite de même, quel que soit le motif invoqué à l'appui de la demande.

En vertu de l'article 426 (C. c.), les sections VI et VII relatives aux excuses et aux incapacités sont applicables au subrogé-tuteur, le sont-elles également aux membres du Conseil de famille ? Les articles 442 et 445 (C. c.), 34 (C. Pén.), répondent affirmativement en ce qui concerne les incapacités [2],

1. Demol., t. VII, n° 336. — Cf. Magnin, *Traité des Minorités*, n° 349, un arrêt cité de la Cour de Paris du 6 oct. 1814 et les consultations signées des premiers avocats de cette époque.

2. L'article 444 cependant exclut et déclare destituables les tuteurs d'une inconduite notoire et ceux dont la gestion révélerait l'incapacité ou l'infidélité, mais le texte ne dit pas que les mêmes causes feraient écarter d'un Conseil de famille les individus qui, sans avoir jamais été tuteurs, ne le pourraient devenir pour les motifs indiqués. L'hypothèse est en effet toute différente. Mais leur déchéance de la tutelle a-t-elle été prononcée en vertu de l'article 444, alors ils sont notés d'infamie, et l'article 445 les bannit même des Conseils de famille.

Digitized by Google

mais *quid* des excuses ? Les articles 413-4 semblent ne pas les admettre, puisqu'ils punissent le membre défaillant, et permettent, dans le cas où l'excuse est sérieuse, de proroger la date de la réunion. On comprend, en effet, qu'on ne puisse se dispenser de faire partie d'un Conseil de famille, puisqu'il est toujours possible de se faire représenter par un mandataire, et d'ailleurs, il est bien moins gênant ou pénible d'assister à une délibération de famille que d'être chargé des fonctions durables de tuteur ou de subrogé-tuteur. L'assimilation n'est donc pas admissible.

Le Conseil de famille n'est point un corps permanent, dont les membres seraient désignés à vie. Il est absolument impossible qu'il en soit ainsi, car, par suite de changements de résidence, de décès, de mariages de sœurs germaines, les membres appelés à le constituer doivent nécessairement être changés, si l'on veut que la composition soit conforme aux prescriptions des articles 407 à 410. Ces articles laissent, du reste, au juge de paix une certaine latitude dans le choix des parents, libre, par conséquent, d'appeler ceux qui ont déjà siégé, quoique domiciliés à de plus grandes distances, ou de les remplacer, s'il n'y voit pas d'inconvénients ; il agira pour le mieux des intérêts de l'enfant, en observant, toutefois, de convoquer les personnes qui sont membres de droit.

Digitized by Google

§ 3

MINISTÈRE PUBLIC

Le ministère public est le protecteur né de tous les incapables et notamment des mineurs (art. 83-6°, C. Pr.) C'est ainsi que l'article 2138 le charge de requérir l'inscription de l'hypothèque légale du mineur et l'article 2194 de recevoir les notifications, à fin de purge de cette hypothèque ; qu'il reçoit les réclamations de l'enfant détenu, confère avec le président de l'utilité de la détention demandée par voie de réquisition (art. 377, 382) ; qu'il désigne les trois jurisconsultes chargés de donner leur avis dans l'hypothèse de l'article 467 ; que les articles 267 et 302 lui font un devoir de requérir, dans une instance en séparation de corps, les mesures nécessaires pour le plus grand avantage des enfants, etc.[1].

L'article 83-6° du Code de procédure déclare communicables toutes les causes intéressant des mineurs. La communication se fait par la remise au parquet du dossier de l'affaire, et le ministère public, en ayant pris connaissance, doit donner ses conclusions.

Mais il n'agit que comme partie jointe, et, par suite, n'est pas obligé de soutenir les prétentions

1. Demol., t. VI, nos 399 et seq.

Digitized by Google

apportées au nom du pupille. Son rôle, c'est d'être le protecteur légal des mineurs, chargé de porter la parole dans toutes les affaires qui les intéressent, suivant sa conscience et sa conviction, proposant même d'office (ce qui est contraire à ses attributions ordinaires dans les affaires sujettes à communication)[1], toutes les fins de non-recevoir, tous les moyens propres au maintien de leurs droits, toutes les mesures utiles à leurs intérêts.

La communication et les conclusions qui la suivent sont d'ordre public, le jugement qui a été rendu sans que le Procureur de la République ait été entendu est nul. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes à le proclamer[2]. Mais cette nullité n'est, en quelque sorte, que relative. L'adversaire de la partie en faveur de qui la communication est prescrite ne peut jamais se plaindre de l'inobservation d'une formalité qui lui est étrangère ; quant à la partie protégée, elle ne peut se plaindre non plus si elle a gagné son procès, car l'intervention même favorable du ministère public n'eût pu produire davantage, c'est seulement si elle a perdu son procès, même partiellement, qu'elle peut attaquer la décision rendue, elle doit alors recourir à

1. Bruxelles, 26 juin 1832, D. Alph., v° *Min. public*, n° 92.
2. Rennes, 17 avr. 1812; Rennes, 13 janv. 1820; Cass., 26 avr. 1809; Cass., 30 oct. 1811, D. Alph., v° *Min. public*, n° 161.

Digitized by Google

la requête civile pour en faire prononcer la nullité (art. 480-8°, Pr.).

SECTION IV

Pouvoirs du tuteur relativement à la personne de l'enfant

§ 1er

L'ENFANT N'EST SOUMIS QU'A LA TUTELLE

Le pouvoir du tuteur consiste « à prendre soin de la pesonne du mineur » (art. 450), c'est-à-dire à veiller à son éducation morale comme à son éducation physique. En principe, il a la garde de l'enfant, et celui-ci est de droit domicilié chez lui (art. 108). En principe, il lui appartient de former ses mœurs, de régler ses habitudes, de choisir ses amis, de pourvoir à son entretien et à son instruction, de le mettre en un mot en état de remplir le rôle qu'il est appelé à jouer dans la société.

Mais s'il remplace les père et mère il n'en a pas l'affection, le discernement, la prévoyance, aussi l'article 454 ordonne-t-il au Conseil de famille de régler au début de la tutelle « par aperçu et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever annuellement la dépense du mineur. » Par suite, le Conseil de famille aura le droit et le devoir d'indiquer le but, l'objet de ces dépenses, de déterminer la nature de l'instruction,

Digitized by Google

de l'éducation, de l'apprentissage que recevra l'enfant, l'établissement où il sera placé, la personne à laquelle il sera confié, etc. Toutes ces prérogatives sont contenues dans l'article 454 : car le droit de limiter le chiffre des dépenses contient implicitement celui d'examiner ce qui est utile et avantageux, c'est-à-dire celui d'arrêter les bases de l'éducation. Que si le tuteur prétend sa liberté entravée, les mesures ordonnées funestes au mineur, il pourra se pourvoir devant la juridiction civile contre la décision du Conseil de famille [1].

Et par exemple ne pourrait-il pas soutenir que le Conseil n'a pas le droit de décider que l'enfant lui sera retiré pour être confié à la garde d'une tierce personne, d'une tante, d'une aïeule, par exemple ? En d'autres termes, le droit de garde est-il de l'essence ou seulement de la nature de la tutelle ? La doctrine et la jurisprudence se prononcent contre le tuteur. Si en effet le domicile du tuteur n'offre pas une sécurité suffisante, si son défaut de surveillance, son incapacité laissent redouter une éducation incomplète, même dépravée, faudra-t-il attendre que le mal soit produit pour recourir à des mesures de protection [2] ? A ce moment-là, sans contredit, le Conseil de famille pourra intervenir, retirer au tuteur son droit de garde, et

1. Demol., t. VII, nos 533 à 537.
2. D. Alph., vo *Minorité*, no 363, note, affaire Bousquet.

Digitized by Google

il ne pourrait pas aujourd'hui conjurer tous ces dangers ! Le bon sens l'indique, le Conseil a le droit de prévenir ce qu'il aurait plus tard le droit de réprimer[1].

A l'instar des père, mère, le tuteur a le droit de recourir à la détention de l'enfant pour châtier les écarts graves de sa conduite. Seulement la loi prend quelques précautions : le tuteur soumettra au Conseil de famille les raisons qui lui paraissent appeler cette sévère répression, et, si le Conseil l'autorise, il la provoquera, mais seulement par voie de réquisition (art. 468).

Mais l'article 468 n'est pas applicable au père tuteur, ni à la mère tutrice. Car, pour eux la correction est une émanation de la puissance paternelle et non de la tutelle. *A contrario* de l'article 380, la dissolution du mariage n'a pas modifié le droit du père ; quant à celui de la mère, il est réglé par l'article 381.

En résumé, le tuteur sous la surveillance du Conseil de famille, pourvoit à l'entretien, à l'éducation, à la garde, à la correction du pupille: tous ces pouvoirs résultent du principe écrit dans l'article 450. Mais ce principe doit être entendu avec précaution. Le tuteur, dit l'article 450, oui, celui qui n'est que tuteur ; on ne traite ici que des droits ré-

1. Demol., t. VII, n° 537 et les auteurs cités ; — D. Alph., v° *Minorité*, n°s 393, 396, arrêts cités.

Digitized by Google

sultant de la tutelle. Mais les textes ne s'appliquent plus d'une manière absolue si à la tutelle vient se joindre, ou si en face d'elle vient s'élever un autre pouvoir. On n'examine ici que la situation faite à l'enfant dans l'hypothèse normale et régulière, où, ses deux auteurs étant décédés, il est remis aux mains d'un étranger. Mais la situation est toute différente si le tuteur est le survivant des père et mère ou si le tuteur étranger voit son autorité combattue par l'un d'eux. Examinons la condition qui va naître pour l'enfant, soit du concours, soit de l'opposition de la tutelle et de la puissance paternelle.

§ 2

L'ENFANT EST SOUMIS A LA TUTELLE ET A LA PUISSANCE PATERNELLE

A. *L'époux survivant est investi de la tutelle.* — Je suppose d'abord que c'est le père. Il est en même temps en possession du droit de puissance paternelle, ce droit en effet survit à la dissolution du mariage puisque l'émancipation ou la majorité peuvent seuls y mettre fin (art. 372). L'enfant devait à son père respect et obéissance, il était soumis à sa garde ; le père lui devait l'éducation physique et morale, était armé du droit de correction : tout cela subsiste, puisque la puissance paternelle subsiste (371-2).

Digitized by Google

Le père est maintenant tuteur, or les pouvoirs d'un tuteur lui assurent les mêmes honneurs de la part de son pupille, lui accordent les mêmes prérogatives, lui imposent les mêmes devoirs. Oui, mais avec moins de liberté et moins d'étendue ; et pour avoir le même objet, les pouvoirs du tuteur et ceux du père de famille sont différents. Par exemple, la disposition de l'article 454 n'est pas applicable à celui-ci. Aussi faut-il reconnaître la persistance de la puissance paternelle : vis-à-vis de la personne de son enfant le père n'est pas à proprement parler un tuteur, il est resté le père de famille, et la loi lui conserve l'intégrité de son titre.

Toutefois il faut rappeler l'hypothèse unique où par exception la puissance paternelle subit une atteinte : si le père se remarie, il ne pourra plus, quel que soit l'âge de celui qui en est l'objet, exercer le droit de correction, que par voie de réquisition (art. 380). En dehors de ce cas, il est vrai de dire que la dissolution du mariage a laissé intact le droit de puissance paternelle du père.

Supposons maintenant que la tutelle appartienne à la mère survivante : le sort de l'enfant ne s'est pas non plus sensiblement modifié ; il est soumis à la puissance de sa mère comme il l'était à celle de son père, et cette puissance s'exerce avec les restrictions que nous avons déjà indiquées, notamment en ce qui concerne le droit de correc-

Digitized by Google

tion [1]. On se rappelle aussi que le père a pu nommer à la mère survivante un Conseil pour l'assister soit d'une manière générale dans tous les actes, soit seulement dans quelques-uns des actes de sa gestion. On se conformera aux termes de l'institution. Au demeurant, la puissance paternelle subsiste encore [2].

Est-ce à dire cependant que les fonctions du subrogé-tuteur et du Conseil de famille soient réduites au seul contrôle de l'administration des biens et qu'ils n'aient pas le droit d'intervenir en ce qui concerne la direction de la personne de l'enfant ? Non, ils ont certainement le droit de dénoncer les abus et de provoquer du tribunal les mesures nécessaires de protection. Cette opinion se justifie facilement. Pendant le mariage, le père était seul maître, mais l'affection, les remontrances, l'influence de la mère avaient certainement pour effet d'adoucir, de modifier cette autorité paternelle, et si les abus subsistaient, une plainte au parquet était possible. Aujourd'hui ce pouvoir modérateur de la mère n'existe plus, et si c'est elle qui est tutrice, son inexpérience et sa faiblesse peuvent plus encore que les abus de son mari autoriser l'intervention des tiers. Mais, hâtons-nous de le dire, cette intervention devra être prudente, cir-

1. *Supra*, p. 321 et suiv.
2. *Supra*, p. 242.

Digitized by Google

conspecte, basée sur des faits exceptionnels et graves, les seuls qui permettent de porter atteinte à la puissance paternelle. Or quel pourra être l'objet de la délibération des parents ? Adresser des avis, des remontrances au père de famille. Sera-t-il tenu de s'y soumettre ? Non, parce que son pouvoir est antérieur et supérieur à la tutelle ; mais le subrogé-tuteur, mais les membres du Conseil de famille demanderont alors au tribunal d'ordonner l'exécution des mesures qu'ils auront proposées, et celui-ci n'hésitera pas à les prescrire[1].

Or le Conseil pourrait-il par exemple demander que la garde des enfants soit enlevée au père ? Nous ne le pensons pas, parce que c'est un droit inhérent à sa qualité de père, dont il ne peut être déchu que pour cause d'indignité. Seulement on pourra provoquer sa destitution ; celle-ci prononcée, on demandera au tribunal de le priver de la garde ainsi que nous le dirons tout à l'heure. Et qu'on ne dise pas qu'on veut lui épargner la honte de la destitution : privé de la garde de ses enfants, il sera également flétri, car elle ne peut lui être enlevée et la question n'en peut être agitée que pour des motifs entachant son honneur.

B. *L'époux survivant n'exerce pas la tutelle.* — Nous laissons évidemment de côté l'hypothèse où

1. Demol., t. VI, n° 378.

Digitized by Google

c'est par application de l'article 335 du Code pénal que le survivant n'exerce pas la tutelle : le même article le déclare également déchu de la puissance paternelle, la question est alors toute simple : le tuteur est le seul maître de la direction de l'enfant, mais dans tous les autres cas où le survivant, quel qu'il soit et pour quelque motif que ce soit, n'exerce pas la tutelle, deux pouvoirs sont en présence représentés par deux personnes différentes. A qui la garde, à qui la direction de la personne de l'enfant ? Au survivant des père et mère. Nous l'avons déjà dit : la puissance paternelle est un droit primordial, issu de la filiation même, que la majorité ou l'émancipation peuvent seules faire cesser, contre lequel la tutelle ne saurait prévaloir. De même que nous disions que le survivant, investi à la fois de la puissance paternelle et de la tutelle, ne gouverne la personne de l'enfant qu'en vertu du premier de ces pouvoirs, de même son autorité reste la même quoique la tutelle lui échappe. Mais, dira-t-on, comment admettre que le père ou la mère continuent à gouverner le mineur alors qu'on ne les a pas reconnus capables d'exercer la tutelle. La différence s'explique : autre chose est d'administrer un patrimoine, autre chose d'élever son enfant. La tutelle exige des soins multiples, une attention incessante, l'habitude et l'expérience des affaires : à la puissance paternelle l'affection suffit ; l'âge, les infirmités, les

Digitized by Google

fonctions publiques permettent de s'excuser de la première, ou en rendent incapable, on peut toujours veiller à l'éducation de son enfant. Aussi disait-on autrefois: *aliud est tutela, aliud educatio.*

De cette manière, le mineur reste sous la direction du survivant, le tuteur n'administre que le patrimoine et se trouve éventuellement appelé à la direction de la personne pour le jour où le survivant des père et mère décédera à son tour[1] ou bien sera, par autorité de justice, déchu même de sa puissance paternelle.

Nous faisions observer précédemment que la surveillance du subrogé-tuteur, du Conseil de famille, relativement à la direction de l'enfant, est légitime, bien que le survivant soit tuteur; à plus forte raison en est-il de même quand il ne remplit pas ces fonctions. Le père s'est excusé de la tutelle, la mère l'a refusée, elle s'est remariée et ne l'a pas conservée, faute d'avoir convoqué le Conseil de famille (art. 395), ou bien les parents ont craint l'influence du second mari et ne l'ont pas maintenue: aucune de ces hypothèses ne fournit, certes, un motif suffisant pour leur enlever la garde et l'éducation de leurs enfants; mais il faut redoubler

1. « Lorsque le gardien et le tuteur sont deux personnes diffé-« rentes, l'autorité du tuteur sur la personne du mineur est *éclipsée* « pendant la garde par celle du gardien. » (Nouveau DENISART, tit. IX, *de la Garde-Noble*, § 12, n° 4.)

Digitized by Google

de vigilance, car, au refus d'exercer la tutelle, au convol du survivant s'attache comme une sorte de suspicion. C'est le juge qui appréciera la gravité des circonstances et qui décidera s'il y a lieu de remettre l'enfant au tuteur ou même à un tiers, de modifier les bases de l'éducation jusqu'alors adoptées et d'en prescrire de nouvelles[1].

Si le survivant des père et mère a été exclu ou destitué de la tutelle, conservera-t-il encore la garde ? Oui, en principe ; mais on comprend qu'il y aura intérêt à remettre en d'autres mains le gouvernement de l'enfant, et le juge l'ordonnera le plus souvent. Nous disons le plus souvent, car si la destitution n'a d'autre cause que l'incapacité de l'administration et le danger qu'il y aurait de laisser entre ses mains inexpérimentées la gestion d'un patrimoine, il ne sera pas nécessaire de lui retirer aussi la garde et l'éducation de l'enfant. Mais il n'en serait plus de même si la destitution se fondait sur tout autre motif ; il appartiendrait alors au tribunal d'ordonner telles mesures qu'il croira utiles pour le plus grand intérêt de l'enfant[2].

En résumé, l'on peut dire que la direction de l'enfant appartient d'abord au survivant des père et mère ; à défaut de ceux-ci, au tuteur ; dans le

1. D., v° *Minorité*, n° 394, arrêts cités.

2. Caen, 19 mars 1854, Sir., 54, 2, 713 ; Cass., 3 mars 1856, Sir., 56, 1, 408 ; — Aubry et Rau, t. IV, p. 618.

Digitized by Google

premier cas, elle est l'effet de la puissance paternelle ; dans le second, elle est l'effet de la tutelle ; dans le premier cas, elle est de l'essence de la puissance paternelle et elle ne peut être enlevée, ou même tempérée, que pour des motifs graves ; dans le second cas, elle n'est que de la nature de la tutelle et, par conséquent, elle peut être réglementée par le Conseil de famille ou par le juge, ou même être remise en tout ou en partie à des mains tierces ; dans tous les cas, il est du devoir de tous les agents de la tutelle de la surveiller, d'en signaler les abus et de provoquer les mesures nécessaires à la protection et aux intérêts du mineur.

Digitized by Google

TITRE III

DES BIENS DE L'ENFANT

CHAPITRE Ier

PENDANT LE MARIAGE

Les biens de l'enfant sont, au regard de ses parents, l'objet de deux dispositions du Code civil. L'une (art. 389) concerne l'administration de ces biens; l'autre (art. 384), leur jouissance; l'administration comme la jouissance sont attribuées aux père et mère.

SECTION Ire

Administration légale

§ 1er

CARACTÈRE DE CETTE ADMINISTRATION

A. « *Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs.* » — Tel est le texte ; mais quel est le caractère de cette administration ? Est-ce celui de la tutelle ?

Digitized by Google

Quels sont les devoirs, les obligations du père administrateur? Sont-ce ceux d'un tuteur? Le Code est muet, ou plutôt il semble confondre les deux administrations et ne connaître qu'un seul ordre de dispositions.

En effet, le texte que nous venons de rappeler est placé en tête du titre de la Tutelle, apparemment c'est que les règles qui suivent doivent le compléter. Et d'ailleurs, administrateur légal ou tuteur, le nom importe peu, ce qui est certain, c'est que tous deux sont également chargés de gérer les biens d'enfants mineurs, chargés de gérer pour des incapables que la loi ne peut protéger que par une seule et même nature de précautions. Cette doctrine a été soutenue, notamment par Persil, qui des arguments précédents conclut ainsi : « que relativement aux intérêts des enfants, « à la conservation de leurs biens personnels, on « doit appliquer à la puissance paternelle tout ce « qui fait partie de la tutelle [1]. »

Cette opinion est aujourd'hui abandonnée, et tous, doctrine et jurisprudence, s'accordent à reconnaître que c'est au nom de sa puissance paternelle que le père administre et non par suite d'une assimilation à la condition d'un tuteur. Pendant le mariage en effet, il ne peut pas y avoir de tutelle,

1. *Du régime hypothécaire*, t. I, art. 2121, n° 36.

Digitized by Google

ni de tuteur : « tout mineur n'est pas nécessaire-
« ment en tutelle ; celui dont les père et mère sont
« encore vivants trouve en eux des protecteurs
« naturels, et s'il a quelques biens, l'administra-
« tion en appartient à son père. La tutelle com-
« mence au décès du père ou de la mère, car
« alors en perdant un de ses protecteurs naturels,
« le mineur réclame déjà une protection plus spé-
« ciale de la loi[1]. » Il est donc certain que l'article 389 se lie essentiellement au titre de la puissance paternelle, et c'est là qu'il eût fallu le placer, à côté de ceux qui donnent aux parents l'usufruit légal des mêmes biens. Les deux matières, l'administration et la jouissance sont intimement liées, et c'est par une véritable anomalie qu'elles ont été séparées.

Cependant l'ordre adopté par le législateur peut se justifier, et comme à l'argument de place il ne suffit pas de répondre qu'il y a anomalie, erreur, inexactitude, nous voulons montrer que malgré son inscription en tête du titre de la minorité, l'article 389 ne se complète pas par les textes qui le suivent. C'est ce qui résulte du rapprochement des articles 389 et 390. La pensée qui les a fait écrire est celle-ci : deux conditions peuvent se présenter

1. *Exposé des motifs de la loi relative à la minorité* par BERLIER ; — LOCRÉ, t. VII, p. 234 ; — ADDE : Cass., 4 juillet 1842 ; — DALLOZ, v° *Appel*, n° 980.

Digitized by Google

pour l'enfant et pour ses biens : 1° La première ne comporte pas de difficulté, résolvons-la tout de suite, le mariage subsiste, c'est le père qui administrera ; « 2° Après la dissolution du mariage » la *tutelle* s'ouvre, « elle appartient de plein droit, etc. » On rapproche les deux situations, on les met en parallèle, mais ce n'est que pour en mieux faire ressortir la différence. Cette distinction, Berlier l'indiquait dans le passage que nous avons cité ci-dessus ; elle résulte surtout des observations dont le Tribunat faisait précéder l'article 389[1] : « La section pense que le premier article de ce « chapitre doit exprimer en termes précis quelle « est durant le mariage la qualité du père par rap- « port aux biens personnels de ses enfants mi- « neurs..... Jamais, jusqu'à ce jour, le père ne « fut qualifié de tuteur de ses enfants avant la « dissolution du mariage. Si pendant que le ma- « riage existe, la loi n'admettait aucune différence « entre le père et le tuteur proprement dit, il fau- « drait que le père fût par rapport aux biens per- « sonnels de ses enfants, assujetti durant le mariage « à toutes les conditions et charges que la loi im- « pose au tuteur. Il faudrait que le père fût sous « la surveillance d'un subrogé-tuteur, sous la « dépendance d'un Conseil de famille, etc..., ce

1. Locré, t. VII, p. 215.

Digitized by Google

« qui répugne à tous les principes constamment « reçus... »

Voilà qui est précis !

Aucun des surveillants, aucune des garanties matérielles vis-à-vis du père de famille, pas d'inventaire, pas de caution, pas d'hypothèque légale. Ce n'est pas un tuteur !

B. — Est-ce à dire qu'aucune des règles écrites au titre de la tutelle ne soit applicable au père ? — Nullement, c'est un administrateur, et tout administrateur doit être soumis à certaines règles ; ces règles, nous ne les trouvons pas au Code, donc nous appliquerons toutes celles qui n'étant pas par leur nature propres à la condition du tuteur, ne sont pas incompatibles avec la dignité et les immunités d'un chef de famille.

Par exemple, le père peut être exclu ou destitué de l'administration des biens de ses enfants pour les motifs inscrits en l'article 444. Il importe avant tout que leur patrimoine ne soit pas compromis et il est manifeste qu'il en faut retirer la gestion à celui, quel qu'il soit, qui est infidèle, incapable ou dissipateur. Le tuteur qui remplace le père doit administrer en bon père de famille (art. 450). Qu'est-ce à dire, sinon que ce père de famille doit administrer honnêtement ; s'il ne le fait pas, il le faut écarter. Cette opinion est généralement ad-

Digitized by Google

mise [1]. Mais aussi on enseigne qu'à l'inverse du tuteur, ce ne sera pas le Conseil de famille qui pourra prononcer cette exclusion ou cette destitution. L'article 446, en effet, ne saurait être applicable. L'opinion du Tribunat, relatée ci-dessus, en est la preuve ; il n'y a ni Conseil de famille, ni subrogé-tuteur. C'est le tribunal civil qui statuera ; c'est à lui, comme en toute matière, qu'il appartient de réprimer les abus et les injustices. Or, il y a abus et injustice de la part du père, usufruitier légal, qui jouit sans conserver la substance (art. 384, 578) ; de la part du père administrateur, qui laisse dépérir, dissipe et ne remplit pas les devoirs de son administration (art. 385). Le tribunal destituera s'il croit la situation irrémédiable ; dans tout autre cas, il fera sagement d'épargner au père ce déshonneur et de se borner à prescrire les mesures nécessaires à la conservation des biens de l'enfant [2].

Mais il n'y a pas de mandataires chargés de la surveillance, comme en matière de tutelle, qui donc introduira l'action en justice ? La solution présente quelque difficulté, mais l'action est nécessaire, il faut bien que quelqu'un l'intente. Ce sera

1. Marcadé, t. II, p. 156 ; — Valette, t. II, p. 283 ; — Massé et Vergé, *sur Zach.*, p. 407 ; — Demol., t. VI, n° 424 ; — D. Alph., v° *Minorité*, n° 78 ; arrêts cités.

2. Demol., t. VI, n° 427.

Digitized by Google

la mère, l'enfant lui-même; ils sont incapables d'ester en justice, dit-on : ce sera un parent, un ami, ce sera un Conseil de parents, un Conseil de famille si l'on veut. Non pas, sans doute, un Conseil de famille comme celui de la tutelle, nous avons reconnu qu'il n'en existait pas; mais un Conseil de parents qui, loin de prononcer eux-mêmes sur la destitution, comme dans l'article 446, prennent en main la défense et les intérêts de malheureux enfants, dénoncent à la justice les excès de leur père, plaident contre lui en leur propre nom et le font révoquer [1].

On s'est demandé également si le père pourrait invoquer les motifs d'excuse écrits en faveur du tuteur. On a soutenu l'affirmative. (Valette, sur Proudhon, t. I, p. 285, note A, V). — M. Demolombe sans adopter cette opinion, réserve le droit du tribunal de dispenser le père s'il y a intérêt pour ses enfants. Nous pensons que la négative est préférable: le père ne peut pas plus se dispenser de l'administration légale qu'il ne le peut de l'administration des biens de sa femme. Si en fait la charge est trop lourde, libre à lui de se faire suppléer à ses risques et périls par un mandataire administrant

1. Demol., t. VI, nº 429.
Nous avons adopté la même opinion à l'égard des excès dont la personne même de l'enfant peut être l'objet. (*Supra*, p. 209.)

Digitized by Google

en son nom et sous sa responsabilité, comme il peut le faire à l'égard de ses propres biens[1].

§ 2

ÉTENDUE DES POUVOIRS CONFÉRÉS

Nous verrons que les actes de l'administration du tuteur doivent être divisés en plusieurs catégories, les uns il a pleine autorité pour les accomplir, d'autres exigent le concours de certaines formalités, d'autres lui sont toujours interdits. La gestion du père de famille admet-elle les mêmes distinctions? Quant aux actes de la compétence du tuteur, il est clair que le père a qualité pour les accomplir, ses attributions ne peuvent pas être plus limitées; quant aux actes toujours défendus au tuteur, ils le sont également au père, la prohibition résulte dans le premier cas de motifs qui subsistent dans le deuxième: ne jamais placer le mandataire entre son intérêt et son devoir, protéger le mineur contre les aliénations à titre gratuit, pertes sans profit pour lui[2]. Mais *quid* des actes que le tuteur ne peut faire

1. Demol., t VI, n° 430. — Quant à l'indignité qui frappe le tuteur condamné à une peine afflictive, elle ne peut être applicable au père puisque l'article 29, C. pén., en pareille occurrence, lui conserve la tutelle de ses propres enfants, *a fortiori* l'administration de leurs biens (*Contra*, Valette, *loc. cit.*); — Cf. Dem., t. VI, n°s 431-444, t. VII, n°s 775 et 778.

2. Art. 450-3° et Pr., 1004.

Digitized by Google

qu'autorisé du Conseil de famille ou même après que cette autorisation a été homologuée par le tribunal? Plusieurs systèmes sont en présence:

1° Certains auteurs estimant que l'administration légale n'est soumise à aucune restriction donnent au père pleins pouvoirs; il peut faire seul ce que le tuteur ne peut faire qu'après autorisation du Conseil et homologation du tribunal. Cette opinion doit être immédiatement écartée, non-seulement en raison du danger qu'il y aurait à abandonner au père de famille l'accomplissement d'actes d'une gravité incontestable, nous reviendrons sur cette idée, mais en vertu de l'article 1988: le mandat le plus général (et tel est celui du père) ne permet pas d'aliéner ni hypothèquer, et ce serait cependant le résultat de cette théorie qui lui livre tous les pouvoirs [1].

2° D'autres auteurs raisonnent ainsi : la loi veut que, pour certains actes, le tuteur se fasse assister du Conseil de famille, puisque, pendant le mariage, il n'y a pas de Conseil, une délibération n'est pas possible, le père administrateur agira donc lui-même et sans contrôle. La loi veut, dans certaines circonstances, que la délibération du Conseil de famille soit homologuée par le tribunal, ce qu revient à provoquer deux avis. Or, il faut bien se

1. Zachariæ, t. I, p. 202.

Digitized by Google

passer de l'un, mais l'autre, on y peut recourir. Donc, le père se munira du seul qu'il puisse se procurer ; il agira autorisé par le tribunal [1]. Le système peut être ingénieux, mais c'est faire la loi : les actes des deux catégories ont les uns et les autres une gravité qui les a fait entourer de garanties pendant la tutelle ; on ne peut, pendant le mariage, réglementer les uns sans réglementer les autres ;

3° C'est cette considération sans doute, qui a déterminé M. Demolombe à penser que les règles de la tutelle devaient être également applicables à l'administration paternelle, qu'il faudrait réunir un Conseil de famille pour délibérer, en faire homologuer la délibération par le tribunal, quand et comme le Code l'ordonne au tuteur [2]. Cette théorie ne nous paraît pas devoir être admise. La plupart des auteurs, en effet, et M. Demolombe [3], reconnaissent que l'administration du père est toute différente de celle du tuteur, et cela malgré la place qu'occupe l'article 389 en tête du titre de la minorité : ne serait-ce pas faire échec à cette opinion que de les assimiler pour les actes les plus graves de leur gestion ? On reconnaît que, durant le ma-

1. Delvincourt, t. I, p. 101 ; — Duranton, t. III, n° 416 ; — Fréminville, *Traité de la Minorité*, t. I, livre II, n° 13 ; — Marcadé, t. II, art. 389, n° 1 ; — Dalloz, v° *Puissance paternelle*, n° 82.
2. Demol., t. VI, n° 446.
3. Demol., t. VI, nos 416 et seq.

Digitized by Google

riage, il n'y a pas de Conseil de famille. Or, quelles sont, pendant la tutelle, les attributions vraiment importantes de ce Conseil, sinon la surveillance de la gestion du tuteur et le devoir d'y participer? et l'on voudrait qu'il en soit de même pendant le mariage ; il y a, ce semble, contradiction.

4° Nous proposerons une autre solution.

Quel est le caractère du père administrateur? Celui d'un mandataire. Quel est l'objet de son mandat ? Administrer. Que doit être son administration? Celle d'un bon père de famille. L'administration d'un bon père de famille consiste à faire fructifier les biens dont il a la gestion, à les entretenir, à les conserver. Il ne peut rien au-delà. Cette observation répond au premier des systèmes proposés. Or, de quels actes s'agit-il? D'actes évidemment en dehors de ces pouvoirs, car ils ont pour objet des aliénations soit directes, soit indirectes ; énumérons-les : accepter [1] une succession ou la répudier (art. 461), intenter une action immobilière ou y acquiescer (464), provoquer un partage (465), aliéner un immeuble, l'hypothéquer, emprunter (457), transiger (467) [2]. Citer ces opéra-

1. Le père peut accepter une donation parce qu'un texte spécial le lui permet (art. 935), mais il ne pourrait pas la refuser.

2. Ajoutons (450-3°) : être fermier du pupille, ce serait placer l'administration entre son intérêt et son devoir ; vendre des rentes sur l'Etat supérieures à 50 francs, *Lois* du 24 mars 1806 et 25 septembre 1813. Ces lois viennent d'être abrogées par celle du 20 février

Digitized by Google

tions, c'est en dire toute la gravité ; elles ne sont pas comprises dans les attributions d'un administrateur, un mari ne peut les accomplir (art. 1428, 1554), un mandataire ne le peut davantage (article 1988). Il faut que le mandant intervienne. Quel est celui du père? La loi ; c'est d'elle que le père tient ses pouvoirs. Or, la loi a pour représentant le tribunal, et c'est celui-ci qui autorisera l'opération. Nous nous rapprochons du second système exposé ci-dessus, mais nous nous en éloignons en ce que nous pensons que tous les actes, aussi bien ceux de la première que ceux de la deuxième catégorie, doivent être autorisés par justice. Cette solution nous paraît, du reste, conforme aux principes généraux du droit. On s'accorde, en effet, à reconnaître que le juge a qualité pour intervenir dans tous les actes qui intéressent gravement le mineur, pour réprimer tous les abus de la puissance paternelle, soit en qui concerne sa personne, soit en ce qui concerne ses biens. C'est en vertu du même principe que nous lui reconnaissons le droit de juridiction pour autoriser les actes qui atteignent gravement le patrimoine de l'enfant [1]. Mais M. Demolombe craint que le père n'expose

1880, qui défend aux tuteurs de vendre aucuns meubles incorporels sans l'autorisation du Conseil de famille et exige même l'homologation du Tribunal si ces meubles ont une valeur supérieure à 1,500 francs. (Art. 1 et 2.) Voir *infra*, p. 352-3.

1. Demol., t. VI, n° 425.

Digitized by Google

pas sincèrement la situation au tribunal, qu'à l'aide de réticences ou de ruses, il n'obtienne l'autorisation qu'il sollicite [1]. Le juge s'éclaire par tous les moyens qu'il croit utiles, et, dit ailleurs le même jurisconsulte, « l'avis du Conseil de famille est « toujours l'un des meilleurs éléments de déci- « sion [2]. » Cet avis, le juge le provoquera, mais il faut bien remarquer la différence. Il n'y a pas, nous l'avons déjà dit, de Conseil de famille pendant le mariage, ce n'est donc pas un Conseil de famille qui se réunit pour autoriser un acte et dont le tribunal homologue la délibération. C'est au contraire le tribunal qui est saisi, qui recueille des renseignements, qui convoque des parents et leur demande leur avis, et qui enfin se prononce en connaissance de cause [3].

Ainsi, nous distinguons des actes que le père de famille exécute seul, d'autres qu'il exécute autorisé de justice, d'autres enfin qui lui sont absolument interdits.

Appliquons les solutions qui précèdent à quelques hypothèses :

1° *Par qui et comment seront passés les baux des biens de l'enfant?* — C'est là un acte d'adminis-

1. Demol., t. VI, n° 446.
2. Demol., t. VI, n°s 390-1.
3. *Supra*, p. 309.

Digitized by Google

tration, le père, comme le tuteur, comme le mari, a qualité pour les consentir, pourvu que leur durée ne dépasse pas les limites fixées par l'article 1429. Cette proposition est d'ailleurs écrite dans l'article 1718 qui vise d'une manière générale les biens « des mineurs [1]. »

2° *Le tuteur est obligé de vendre les meubles du pupille.*— C'est là un acte d'administration qui appartient au père, mais les règles dont la loi entoure cette vente soit pour y contraindre le tuteur, soit pour en assurer l'exécution fidèle et avantageuse, n'est pas applicable au père, parce que son pouvoir d'administrateur est plus large que celui du tuteur [2].

3° *Comment seront vendus les immeubles de l'enfant?* — Nous avons décidé que le père se ferait autoriser par le tribunal, parce que quelque étendues que soient les limites de sa gestion, c'est là un acte d'*abusus*, d'une nature particulièrement grave, de l'opportunité duquel il ne peut pas être seul juge. Cette autorisation obtenue, procédera-t-on à une vente en justice, comme cela a lieu pendant la tutelle (art. 459)? Oui, parce que l'article 984 (C. Proc.) le dit expressément en matière

1. *Sic*, Demol., t. VI, n° 439.
2. *Sic*, Demol., t. VI, n° 437.

Digitized by Google

de licitation, parce que l'article 484 (C. c.) prescrit la même règle à l'égard du mineur émancipé.

§ 3

OBLIGATION DE RENDRE COMPTE

Comme tout administrateur ou tout mandataire quelconque, le père doit rendre compte de sa gestion à ses enfants. La section IX du titre de la minorité est donc applicable au père comme au tuteur. Il faut cependant excepter les dispositions des articles 472 et 474, les premières parce que l'esprit comme la lettre de leur rédaction ne visent que l'hypothèse de la tutelle, les secondes parce qu'elles sont une exception à tous les principes, que les exceptions sont de droit étroit, que leur extension à l'administration paternelle serait par suite aussi peu juridique que non justifiée. Mais nous n'excepterons pas l'article 475, comme le fait M. Demolombe, des règles applicables au père de famille, parce que cet article est écrit en faveur du tuteur quel qu'il soit, à la différence des précédents qui sont écrits dans l'intérêt du mineur, et qu'il nous semble que le tuteur étranger, ou même le père tuteur ne peuvent pas être traités plus favorablement que le père administrateur [1].

1. Demol., t. VI, n° 457.

Digitized by Google

§ 4

ADMINISTRATION LÉGALE DE LA MÈRE

On sait que la mère est parfois appelée, du vivant même de son mari, à la puissance paternelle[1], l'administration légale qui en est un des attributs lui appartient en même temps. Mais il ne faut pas oublier que la femme mariée est incapable. Aussi les actes, même d'administration, qu'elle pourrait valablement accomplir elle-même sont-ils peu nombreux (art. 1124), et lui faudra-t-il par suite le plus souvent se munir de l'autorisation de justice (222). Nous répétons ce que nous disions à l'égard du père, mais en étendant notre opinion à un plus grand nombre d'opérations : il appartiendra au tribunal d'examiner l'opportunité de la mesure dont l'exécution est proposée et d'user de son pouvoir discrétionnaire pour le plus grand intérêt des enfants.

§ 5

L'ADMINISTRATION LÉGALE EST DE L'ESSENCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Une question reste à examiner :

L'administration légale est-elle une attribution de l'essence ou seulement de la nature de la puis-

1. *Supra*, p. 231.

Digitized by Google

sance paternelle? En d'autres termes, peut-on disposer entre-vifs ou par testament en faveur de l'enfant en ordonnant que la gestion des biens donnés ou légués soit confiée à un autre qu'à son père? La clause est-elle licite? C'est une question très-controversée. Un grand nombre d'auteurs enseignent que cette condition est nulle comme contraire à l'ordre public (art. 900) et nous croyons devoir nous rallier à leur opinion.

En effet, l'administration légale est une conséquence de la puissance paternelle, c'est de la loi seulement que le père tient son pouvoir et il n'est pas au pouvoir des particuliers d'y porter atteinte; ce n'est même qu'avec prudence et dans des cas exceptionnels que le magistrat peut en dépouiller le père qui s'en est rendu indigne par son incapacité, son infidélité ou ses prodigalités. Il n'est pas possible qu'un étranger par sa seule volonté vienne renverser l'ordre institué par le législateur lui-même et imprime un tel affront au père de famille. La condition doit donc être nulle. Mais, objecte M. Demolombe, la volonté du tuteur va être violée ou plutôt il n'y aura plus de libéralité, dans l'impossibilité d'écarter l'administrateur légal on ne fera plus de donations, et pour sauvegarder les droits du père, on aura privé l'enfant d'avantages précieux. Aussi, l'éminent jurisconsulte propose-t-il une distinction. Il veut que la question soit résolue

Digitized by Google

en fait : la condition est-elle écrite, « contre le père lui-même plutôt qu'en faveur de l'enfant, » — « a-t-elle pour résultat d'humilier la puissance « paternelle, de soumettre le père lui-même à une « sorte d'incapacité et de tutelle, » on comprend que la clause soit nulle. Mais, au contraire, « si le « testateur en confiant l'administration à un autre, « a été déterminé par des motifs sérieux, raison- « nables, légitimes et pour l'intérêt de l'enfant légi- « time, oh ! alors, il me semble que la condition « doit être maintenue[1]. »

L'objection est grave, mais, cependant, nous ne pensons pas qu'il appartienne à un particulier de juger si en fait le père est digne ou non de conserver l'administration. Cette exclusion, nous le répétons, qui est une violation du droit sacré de puissance paternelle, qui va créer en face du père que la loi a pourtant dispensé de toute surveillance, la rivalité d'un agent investi des mêmes pouvoirs que lui-même, le tribunal a seul qualité pour en apprécier l'opportunité et pour la prononcer. Que le donateur, qui est un parent ou un ami, la provoque et la fasse ordonner[2] ; qu'il retarde jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant l'effet de la libéralité au moyen d'un terme suspensif : voilà les moyens que nous offrons dans l'hypothèse qui touche par-

1. Demol., t. VI, n° 458.
2. *Supra*, p. 308.

Digitized by Google

ticulièrement nos adversaires, la légitimité de l'exclusion ; de cette manière, la solution sera uniforme, la clause sera toujours nulle comme portant atteinte aux droits de la puissance paternelle. Cette opinion est certainement plus logique, en même temps qu'elle sauvegarde les intérêts de l'enfant[1].

SECTION II

Usufruit légal

Notre Code attribue la jouissance des biens propres des enfants à leur père durant le mariage, et après la dissolution du mariage au survivant des père et mère (art. 384). Cette institution a un but éminemment moral. Quoi de plus juste, en effet, que de faire partager par les parents la fortune de leur enfant? Celui-ci est plus riche qu'eux, un bienfaiteur généreux l'a gratifié de libéralités, l'enfant associe à sa fortune ceux dont il tient la vie. Quoi de plus équitable en même temps ? Il est l'objet perpétuel de leurs veilles, de leurs peines, de leurs travaux, il reçoit d'eux avec les choses nécessaires à la vie, l'éducation, les principes du bien, du beau, de l'honnête ; en échange, il leur abandonne, faible compensation ! ses revenus.

1. *Sic* : Chrestien de Poly, *Puiss. pat.*, t. I, p. 158 ; — Demante, t. II, n° 133 *bis*, III ; — Dalloz, v° *Disp. entre-vifs*, n° 122 ; — Caen, 11 août 1825, D., 26, 2, 159 ; Rouen, 29 mai 1846, S., 46, 2, 379.

Digitized by Google

§ 1er

ÉTABLISSEMENT DE L'USUFRUIT LÉGAL

A. *Sa nature.* — On s'est demandé si le droit que confère l'article 384 est une simple jouissance ou un véritable usufruit. L'article 384 l'appelle jouissance, l'article 601 l'appelle usufruit légal ; les textes donc ne résolvent pas la question. L'usufruitier ordinaire doit donner caution de jouir en bon père de famille, à moins que l'acte constitutif de son droit ne l'en ait dispensé expressément : les père et mère en sont dispensés de plein droit (601). Si l'usufruit ordinaire comprend des meubles et que l'usufruitier ne puisse fournir une caution, le nu-propriétaire peut exiger que les objets qui dépérissent soient vendus (603) : les père et mère ont la liberté absolue de vendre ou de conserver en nature les meubles soumis à leur jouissance (453). On les traite avec plus de ménagements. Cependant si l'usufruit ordinaire comprend des objets mobiliers, il n'oblige celui au profit duquel il a été établi qu'à les restituer dans l'état où ils se trouveront, le droit venant à cesser, pourvu que la détérioration ne provienne ni de sa faute ni de son dol (589) ; les père et mère sont au contraire tenus de les faire inventorier et estimer, et ils sont

Digitized by Google

obligés de payer la valeur de ceux qu'ils ne pourraient plus restituer (453). Pourquoi cette rigueur ? l'explication est peut-être dans la place qu'occupe cet article dans notre Code : lorsqu'il fut rédigé, on n'avait pas encore réglé les devoirs et les obligations de l'usufruitier. Celui qui possède un usufruit ordinaire peut en jouir par lui-même, comme il peut affermer, vendre ou hypothéquer son droit (art. 595, 2118, 2204) : les père et mère le peuvent-ils également ? L'usufruit légal a pour base la puissance paternelle qui est d'ordre public et ne peut être l'objet d'aucune délégation ; l'usufruit légal impose au regard des enfants certaines obligations, il n'y a que le surplus qui soit à la disposition libre des parents[1]. Ils ne peuvent donc céder l'exercice de leur droit[2].

De toutes ces différences, on conclut généralement que le droit des père et mère n'est pas un véritable usufruit. Mais qu'importe, puisqu'on est d'accord sur les prérogatives qu'il confère, les obligations qu'il impose. Ce sera, si l'on veut, un usufruit *sui generis*.

B. *A qui il appartient.* — Pendant le mariage, l'usufruit légal appartient au père. Pendant la même période, la mère y aurait-elle droit si le père se trouvait par suite d'une raison quelconque

1. Voir *infra*, p. 330.
2. *Sic :* Dalloz, v° *Puiss. pat.*, n° 101 ; — Demol., t. VI, n° 527.

Digitized by Google

dans l'impossibilité de l'exercer? L'affirmation nous paraît préférable. Les articles 373 et 389 remettent au père seul l'administration des biens de l'enfant, et cependant nos adversaires n'ont pas hésité à conclure avec nous que la puissance paternelle que le père serait dans l'incapacité légale ou physique d'exercer passerait à la mère[1]. Mais ce n'est pas tout, l'usufruit légal impose en échange des obligations (art. 385). Or, s'il fallait admettre le système que nous combattons, cette conséquence vraiment inique serait inévitable : que d'une part, le père non exclu de la puissance paternelle et cependant incapable, indigne ou dissipateur, jouirait des biens de ses enfants ; que, d'autre part, la mère aurait à sa charge les dépenses d'entretien et d'éducation. Aussi tout ce que nous pouvons concéder se borne-t-il à ceci : En principe, la mère ne peut dépouiller son mari de sa jouissance, soit, car c'est *au père* que la loi donne l'usufruit légal; mais aussi c'est à charge de subvenir aux besoins de ses enfants, il n'a donc pas la disposition des sommes qui leur sont nécessaires, ce n'est que le superflu qui lui appartient en propre, il ne peut réclamer autre chose, le reste sera attribué à la mère pour subvenir aux dépenses de ses enfants. Mais on insiste : l'article 335 du Code pénal prive de

1. *Supra*, p. 231.

Digitized by Google

l'usufruit légal le père coupable de faits odieux. Or, si cette jouissance est livrée à la mère, le but de la loi est manqué, car par suite de la communauté d'intérêts qui existe toujours entre les époux, le mari profitera des revenus laissés à sa femme. — Mais, répondrons-nous, les peines sont personnelles, et si l'on refuse la jouissance à la mère, la peine du mari rejaillit sur elle [1]. De ces deux inconvénients, le dernier nous paraît le moindre. *Ubi onus, ibi emolumentum esse debet*, la mère investie de la puissance paternelle a la charge, elle doit avoir les avantages [2].

Après la dissolution du mariage, l'usufruit appartient au survivant des père et mère. Mais *quid* si ce survivant n'exerce pas la tutelle? La jouissance continue en principe de lui appartenir. La solution résulte de l'article 386: Le convol de la mère ne la prive pas nécessairement de la tutelle (395-6), cependant il lui fait perdre toujours l'nsufruit (386). C'est donc qu'il n'y a pas une corrélation forcée entre la tutelle et la jouissance, par suite le survivant qui n'est pas tuteur, conserve

1. On pourrait objecter même que la mère ne pourrait se plaindre d'aucune peine, puisque l'article 203 l'oblige à subvenir aux frais d'éducation. Oui, mais aux frais d'une éducation conforme à sa fortune et non à celle de l'enfant, celui-ci serait élevé d'après la règle de l'article 203 et c'est sur lui que le châtiment réfléchirait, puisqu'il ne serait pas élevé selon sa fortune.

2. *Sic*, MARCADÉ; — *Contra*, DEMOL., t. VI, nº 482; — DALLOZ, vº *Puiss. pat.*, nº 92.

Digitized by Google

cependant cette jouissance. S'il y a exception pour la mère remariée, c'est que le législateur a craint de voir le second mari jouir de biens appartenant à des enfants qui lui sont étrangers.

C. *Peut-on être déchu de l'usufruit légal pendant le mariage?* — Oui, si telle est la condition d'une donation faite à l'enfant (art. 387). Mieux vaut encore blesser la puissance paternelle que faire perdre à celui-ci le bénéfice d'une libéralité qui lui est offerte, et l'usufruit n'est pas comme l'administration un privilége essentiel. — Oui, si le titulaire de cet usufruit en a été dépouillé par l'effet de l'article 335 du Code pénal. — Oui, si le divorce est prononcé contre lui (art. 381).

Mais l'usufruitier est en état d'interdiction civile ou légale, il se trouve dans un cas qui l'a fait exclure de la tutelle (442 à 444), dans un cas qui l'a fait écarter de la puissance paternelle [1], enfin il n'exécute pas les charges que lui impose l'art. 385; peut-on prononcer contre lui la déchéance? Quant aux causes qui font perdre la tutelle, elles ne font pas perdre l'usufruit légal. Ce droit est un attribut de la puissance paternelle; or, la puissance paternelle et la tutelle, indépendantes l'une de l'autre, peuvent reposer dans des mains différentes. En ce qui concerne la puissance paternelle, il n'y a que

1. *Supra*, p. 231, 307.

Digitized by Google

l'hypothèse unique de l'article 335 du Code pénal qui puisse en exclure le père; nous avons reconnu que, parfois, il en peut perdre l'exercice, que cet exercice est alors délégué à la mère, mais le droit continuant de résider en lui-même, l'usufruit continue de lui appartenir. Mais si on l'a fait écarter de l'administration des biens, percevra-t-il encore les revenus? Oui, car ces idées ne sont pas corrélatives, son incapacité, son infidélité, ses dissipations mettraient en péril la fortune de ses enfants, mais elles ne peuvent avoir pour effet de le priver d'en jouir. L'administrateur délégué administre pour qui de droit, pour lui et pour ses enfants; pour ses enfants, en ce qui concerne la nu-propriété et la portion des fruits nécessaire à leur entretien (art. 385), pour lui, quant au surplus.

Enfin, si le père applique à ses propres besoins tous les revenus de ses enfants, s'il ne remplit aucune des obligations que lui impose l'article 385, ne peut-on pas le déclarer déchu de sa jouissance? Oui, peut-on dire, car, de ce texte il résulte que l'usufruit légal n'est pas une pure libéralité de la loi, mais un véritable contrat synallagmatique et à titre onéreux (370-1°). Or, l'inexécution des charges est toujours une cause d'annulation des contrats. L'argument n'est que spécieux. Nous le répétons, l'usufruit légal est une conséquence de la puissance paternelle, il faut être déchu de celle-ci pour être

Digitized by Google

déchu de celui-là. La loi impose, sans doute, des devoirs à l'usufruitier, et, par suite, elle ne défend pas de prendre des mesures pour assurer l'exécution de ces devoirs; mais rien ne se peut au-delà et nous estimons que la Cour de Paris, dans son arrêt du 4 février 1832, a dépassé les limites[1]. Ce que la Cour eût pu faire, ce qu'il faut faire, c'est prononcer une sorte de séquestre des biens de l'enfant, c'est ordonner qu'ils seront administrés par un tiers ou simplement que les revenus en seront versés aux mains d'un tiers, pour, par celui-ci, être appliqués aux dépenses prévues en l'article 385, et le surplus être remis au père de famille.

D. *A quels biens s'étend l'usufruit légal.*— L'usufruit légal est de sa nature, un droit universel, c'est-à-dire qu'il s'étend, en principe, à tous les biens des enfants, meubles ou immeubles, acquis à titre onéreux ou à titre gratuit. Telle est la règle, mais elle souffre trois exceptions:

1° (Art. 387). Cette jouissance « ne s'étendra « pas aux biens que les enfants pourront acquérir « par un travail et une industrie séparés. » Les motifs de cette exception sont les mêmes que ceux

1. D., v° *Puiss. pat.*, n° 157-8; — Demol., n°s 599 et seq. — L'article 618 même du C. civ. ne pourrait être invoqué contre le père usufruitier, ainsi que le pense Dalloz (*loc. cit.*, n° 160) : la nomination que nous proposons d'un délégué écarte le péril.

Digitized by Google

qui avaient fait introduire à Rome les pécules castrense et quasi-castrense, encourager l'activité de l'enfant, en lui laissant les fruits de son travail; mais il ne faut pas conclure de là qu'il ait la libre disposition de ces biens, l'administration légale subsiste, on capitalise les intérêts ou on les emploie dans son intérêt. Au reste, cette faveur spéciale trouvera rarement son application, puisque l'âge de 18 ans ou l'émancipation mettent fin à l'usufruit légal, et qu'avant cette époque, l'enfant ne saurait guère exercer une industrie.

2° L'exclusion de l'usufruit légal peut être la condition d'une libéralité faite à l'enfant (387-2°). La prohibition n'a pas besoin d'être motivée, la loi l'abandonne à la sagesse, à la volonté, au caprice même du donateur ou testateur; elle semble seulement exiger que cette prohibition soit expresse; mais la clause n'a pas besoin d'être rédigée en termes formels ou sacramentels, il suffit qu'elle soit nette, certaine, non ambiguë.

3° (Art. 730). Il n'y a pas de jouissance légale sur les biens échus à l'enfant par suite d'une succession dont son père ou sa mère a été exclu comme indigne. Cette disposition était nécessaire, autrement l'indignité fût souvent restée en fait dépourvue d'effet; et par exemple, il fût arrivé qu'après avoir exclu le père d'un héritage, on l'en eût laissé jouir pendant près de 18 années. Mais après

Digitized by Google

la dissolution du mariage, le survivant qui n'avait point été frappé d'indignité, recouvrera l'usufruit légal.

§ 2

CHARGES DE L'USUFRUIT LÉGAL

Ce n'est pas, nous l'avons déjà dit, une pure libéralité que la loi a entendu accorder aux père et mère, elle a créé au contraire une sorte de contrat entre eux et leurs enfants ; elle leur a imposé certaines charges en échange de leur jouissance (art. 385). Ces charges sont au nombre de quatre.

A. — Ce sont d'abord celles auxquelles est tenu tout usufruitier. Or, celui-ci est obligé de faire dresser tout d'abord un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à usufruit, d'entretenir les biens, d'en jouir en bon père de famille, d'acquitter les contributions et autres redevances annuelles qui sont charges de fruits, tels que intérêts des capitaux, arrérages de rentes (art. 600, 605, 607-8, 610, 612). Mais, à la différence de l'usufruitier ordinaire, le père n'est pas obligé de fournir caution ; un texte spécial l'en dispense (601). On comprend, en effet, que cette prescription, rendue déjà inutile par une affection qui supprime toute crainte d'abus, aurait eu pour effet de créer une sorte de défiance entre le père et ses enfants ; seu-

Digitized by Google

lement nous avons admis ci-dessus [1] que si un père dénaturé, prodigue, incapable, mettait en péril la fortune dont il a la jouissance, le tribunal pourrait prononcer telle mesure utile qu'il appartiendrait.

B. — La seconde obligation a pour objet la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune. Ces derniers mots constituent l'innovation, car jusqu'ici la nourriture, l'entretien étaient un devoir imposé au père par sa paternité même (203). Mais la jouissance légale fait plus, elle l'oblige à dispenser tout cela, non plus selon ses propres ressources ou sa situation personnelle, mais d'après celles que semble réserver à l'enfant son opulence. Si les biens soumis à l'usufruit sont insuffisants, alors l'article 203 retrouve son application et le père doit fournir le surplus.

C. — L'article 385 continue : « le paiement des « arrérages ou intérêts des capitaux. » Mais à quoi bon cette disposition, le premier paragraphe de cet article en renvoyant aux articles 608 à 610 ne la rend-il pas inutile ? Les arrérages, les intérêts échus pendant la durée de l'usufruit légal sont charges de fruits, n'était-il pas complétement inutile de les citer spécialement ? Aussi, certains auteurs, voulant justifier la rédaction de ce paragraphe, ont-

1. *Supra*, p. 307, 326.

Digitized by Google

ils pensé qu'il devait avoir pour objet des sommes que ne devrait pas supporter un usufruitier ordinaire, c'est-à-dire les intérêts et arrérages échus avant l'ouverture de l'usufruit[1]. Nous croyons au contraire qu'il ne faut voir dans cette prescription qu'une simple redondance de texte, et ces redondances ne sont pas rares dans notre Code. D'ailleurs, lorsqu'ils écrivirent l'article 385, les législateurs n'avaient pas encore déterminé les règles auxquelles ils soumettraient l'usufruit, et dans leur esprit le § 1er de l'article 385 pouvait ne pas comprendre ce qu'ils plaçaient dans le § 3. Enfin, obliger le père à acquitter des termes déjà échus, mais c'est se mettre en opposition avec les principes généraux du droit. Sur quoi s'établit en effet l'usufruit légal? Sur les biens de l'enfant. Or, il n'y a de biens que déduction faite des dettes, *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Pour qu'il en puisse être autrement, il faut un texte précis et les termes de l'article 385 ne nous paraissent pas autoriser une telle dérogation au droit commun[2].

D. — La dernière charge de l'usufruit légal a pour objet « les frais funéraires et ceux de dernière « maladie. » Ici encore une controverse. On discute le point de savoir s'il s'agit de la maladie et

1. Demol., t. VI, n° 543-4.
2. *Sic*, D., v° *Puiss. pat.*, n° 128.

Digitized by Google

des funérailles de la personne à laquelle l'enfant a succédé ou ceux de l'enfant lui-même. La difficulté de la question résulte de cette situation si nettement exposée par M. Demolombe et que nous lui empruntons : « Quoi qu'on fasse, le n° 4 de l'ar-
« ticle 385 crée une charge spéciale et en dehors
« du droit commun. Si vous dites, en effet, qu'il
« s'agit des frais funéraires et de dernière maladie
« de l'enfant, le droit commun mettrait bien à la
« charge de l'usufruitier légal les frais de dernière
« maladie ; ceux-là sont corrélatifs à l'usufruit qui
« durait encore ; mais le droit commun ne mettrait
« pas à la charge de l'usufruitier légal les frais
« funéraires de l'enfant, car ces frais n'ont été dus
« qu'après l'extinction de l'usufruit ;

« Si vous dites qu'il s'agit de la personne à
« laquelle l'enfant a succédé, la dette des frais
« funéraires est bien alors postérieure à l'ouverture
« de l'usufruit légal ; mais il n'en est pas de même
« des frais de dernière maladie, car la dette de
« ces frais est antérieure à l'ouverture de l'usufruit.»
Sans discuter les divers arguments sur lesquels se fondent les deux opinions, celui que propose le même jurisconsulte nous paraît résoudre la question d'une manière décisive : « S'il s'agissait de
« l'enfant, ce n'est pas seulement des frais de sa
« dernière maladie que l'usufruitier serait tenu,
« mais des frais de toutes ses maladies, à quelque

Digitized by Google

« époque que ce fût pendant la durée de l'usufruit, « car ce sont là des charges usufruitières, car ce « sont là des charges de l'éducation ; et par con- « séquent, le père est tenu des frais de la der- « nière maladie comme des frais des autres, en « vertu des n°s 1 et 2 de l'article 385[1]. » Il est donc manifeste que la dernière disposition de cet article se rapporte à la personne dont l'enfant a reçu la succession.

§ 3

FIN DE L'USUFRUIT LÉGAL

L'usufruit légal s'éteint par suite de toutes les causes qui mettent fin à l'usufruit ordinaire[2], nous ne voulons indiquer ici que les modes qui lui sont spéciaux.

1° L'accomplissement de la 18e année ou l'émancipation de l'enfant (384) : c'est l'événement qui met fin à l'enfance ; l'éducation est terminée ; un travail, une industrie séparés deviennent plus probables, la vie propre commence. Mais l'administration légale ne cesse pas encore, elle dure aussi longtemps que la minorité (389);

1. Demol., t. VI, n° 547.

2. Articles 617 à 624 ; en ce qui concerne cependant l'abus de jouissance, nous avons émis l'opinion qu'il pourrait seulement autoriser des mesures conservatoires, ou même des dommages-intérêts lors du règlement du compte si l'abus était déjà consommé. (*Supra*, p. 326.)

Digitized by Google

2° Le divorce fait perdre la jouissance des biens à celui *contre* lequel il a été prononcé : ce dernier a commis un grave délit qui le rend désormais indigne des avantages légaux. Mais le divorce par consentement mutuel n'aurait pas le même effet. La séparation de corps ne privera pas non plus de l'usufruit légal : le texte précis de l'article 386 exclut l'argument d'analogie ;

3° L'indignité, nous l'avons déjà dit, non-seulement écarte les père et mère d'une succession qui pourrait leur échoir et la fait passer sur la tête de leurs enfants, si ceux-ci peuvent venir de leur chef et sans le secours de la représentation, mais encore elle leur fait perdre dans cette hypothèse l'usufruit qu'ils auraient pu prétendre.

4° Rappelons aussi que l'odieux délit prévu et puni par les articles 334 et 335 prive son auteur de l'usufruit légal ;

5° Il est évident que la mort de l'enfant met également fin à cette jouissance, car la succession s'ouvre et passe en d'autres mains, et si les père et mère peuvent espérer encore un usufruit, le caractère et les bases en seront tout différents (art. 754, 1094).

Enfin, et pour ne pas revenir sur cette matière, indiquons dès maintenant trois causes qui mettent fin à l'usufruit légal postérieurement à la dissolution du mariage. Ce sont :

Digitized by Google

1° La mort du survivant des père et mère ;

2° Le convol de la mère, mais non celui du père (386). La femme ne doit pas enrichir une autre famille, enrichir son second mari, administrateur et détenteur de tous ses revenus, des biens de ses enfants du premier mariage. Ce motif a été spécialement indiqué par l'orateur du gouvernement : « Il y aurait inconvenance à établir en principe « que la mère peut porter dans une autre famille « les revenus des enfants du premier lit [1] et enri- « chir ainsi à leur préjudice son époux. » Au contraire, le second mariage du père ne présente point ici d'inconvénient ; il reste, comme avant, administrateur.

On discute le point de savoir si la mère recouvrerait l'usufruit légal des biens de ses enfants encore mineurs lors de la mort de son second époux. Massé et Vergé pensent que oui ; car, disent-ils, l'article 386 prononce une peine qui est encourue par le fait même du convol (p. 374, note 19). Pourquoi une peine ? Les seconds mariages sont peut-être vus avec défaveur, mais ils ne sont pas une faute ; il n'y a peut-être, du reste, qu'un préjugé, car il n'en a pas toujours été ainsi, et puis, enfin, c'est un acte très-licite et rien n'autorise à dire que l'article 386 lui applique une peine. Au

1. Réal, *Exposé des motifs*, in fine. — Locré, t. VII, p. 65.

Digitized by Google

contraire. Quel est le motif de cette disposition de la loi? Réal l'a dit très-nettement : empêcher que le second mari ne s'enrichisse au préjudice des enfants de sa femme. Mais, lui mort, celle-ci reprend l'administration et la jouissance, le danger a disparu. *Cessante causa, cessat effectus*[1].

3° L'époux qui ne s'est pas conformé aux prescriptions de l'article 1442 se voit puni de sa négligence par la perte de l'usufruit légal. Il en serait encore de même s'il avait omis sciemment et frauduleusement de comprendre dans l'inventaire un ou plusieurs objets mobiliers, car l'inventaire infidèle équivaut au défaut d'inventaire.

CHAPITRE II

APRÈS LE MARIAGE

En ce qui concerne les biens de l'enfant, nous ne distinguerons plus, comme nous l'avons fait relativement à sa personne[2], la tutelle des père et mère de celle de toute autre personne. Tous ont les mêmes pouvoirs, la tutelle crée pour le patrimoine des règles uniformes, quel que soit celui qui l'administre. A peine rencontrerons-nous quel-

1. *Sic*, TAULIER, t. I, p. 496; — *Contra :* DEMOL., t. VI, n° 562; — DALLOZ, *Puiss. pat.*, n° 137.
2. *Supra*, p. 292.

Digitized by Google

ques exceptions admises surtout par un sentiment de déférence envers l'époux survivant, nous les indiquerons à mesure qu'elles se présenteront.

SECTION Ire

Garanties matérielles

De même qu'un certain nombre de dispositions protectrices assurent le bon gouvernement de la personne de l'enfant[1], de même la loi impose au tuteur un certain nombre de conditions dans l'intérêt spécial du patrimoine qui va lui être confié.

§ 1er

HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR

La principale de ces garanties et celle qui les résume toutes, c'est l'hypothèque légale accordée à l'enfant par l'article 2121 sur les immeubles de son tuteur. Cette hypothèque est générale et tacite : générale, elle frappe indistinctement tous les biens du tuteur à mesure qu'ils entrent dans son patrimoine ; tacite, en ce qu'elle est dispensée de la formalité de l'inscription, faveur considérable qui crée en faveur de l'enfant un droit supérieur et antérieur à celui de tous les autres créanciers et le plus souvent à leur insu (2122, 2135).

1. *Supra*, p. 267.

Digitized by Google

Ainsi se trouve assuré le paiement au pupille de tout ce dont son tuteur lui est débiteur à raison de sa gestion : sommes encaissées, indemnités, dommages-intérêts résultant de négligences, détériorations, fautes ou dol.

Le père administrateur légal n'est pas soumis à l'hypothèque. Frappé déjà d'un droit semblable au profit de sa femme, il eût vu son crédit ruiné, si le peu d'immeubles restés libres entre ses mains après désintéressement de celle-ci avait encore servi de garantie à ses enfants. La loi n'a pas voulu d'un tel résultat ; mais le mariage dissous, le danger a disparu ; aussi l'hypothèque frappe-t-elle les biens du père tuteur comme ceux de tout autre. On dira que ce concours d'hypothèques atteindra tout tuteur qui serait marié. Oui, mais ce sera un cas exceptionnel ; dans l'autre hypothèse, c'eût été la généralité.

La femme qui s'est remariée et a été maintenue dans la tutelle a nécessairement son mari pour co-tuteur (395-6) : celui-ci est-il également soumis à l'hypothèque ? Oui, parce que le co-tuteur est un tuteur, et cela est si vrai qu'il en exerce à peu près seul les pouvoirs, et que sa femme n'a qu'un rôle effacé. C'est lui qui en fait administrera et percevra les capitaux ou les revenus, et c'est lui qui doit réellement supporter la responsabilité de la gestion.

Mais si la mère ne s'est pas conformée aux pres-

Digitized by Google

criptions de l'article 395, elle n'est pas tutrice et son mari n'est pas tuteur, par conséquent, ils ne sont soumis ni l'un ni l'autre à l'hypothèque légale. Cette opinion a été soutenue, elle ne nous paraît pas admissible [1]. La mère qui n'a pas rempli ses devoirs, le mari qui par négligence, peut-être par fraude, ne les lui a pas rappelés, ne peuvent pas être mieux traités que ceux qui ont satisfait à la loi. La mère est restée tutrice de fait et son mari est devenu co-tuteur de fait, car celui qui épouse la veuve épouse la tutelle. Il ne paraît pas douteux que telle soit la pensée du législateur, il décide en effet que tous les deux sont responsables et même solidairement responsables des suites de la tutelle indûment conservée, c'est-à-dire que jusqu'au jour où ils sont effectivement dépouillés de l'administration, ils sont soumis à toutes les obligations d'un tuteur [2].

1. Marcadé, t. II, art. 395, n° 2; — Duranton, t. III, n° 426, et t. XIX, n° 312; — Valette, sur Proudhon, t. II, p. 290, n° 7.

2. *Sic :* Demol., t. VII, n°s 124 et 128; — Troplong, *des Hyp.*, t. II, art. 2121, n° 426.

A la différence du droit romain, le Code n'oblige pas le tuteur à fournir une caution qui réponde de sa gestion : si, par suite, le tuteur ne possède pas d'immeubles, l'enfant demeure sans garantie; il eût peut-être été préférable de maintenir la caution avec le droit de s'en faire dispenser en cas de solvabilité notoire.

Digitized by Google

§ 2

NOMINATION D'UN PRO-TUTEUR

Dans l'intérêt commun du tuteur et de l'enfant, la loi décide que lorsque celui-ci étant domicilié en France possédera des biens dans les colonies ou réciproquement, ces biens seront confiés à un administrateur spécial, le pro-tuteur (417). Le Conseil de famille examinera si cette nomination est nécessaire, car si à raison des circonstances de fait, un simple agent salarié gérant sous la surveillance et la responsabilité du tuteur est suffisant, on s'arrêtera à cette mesure plus commode et plus avantageuse peut-être. L'agent salarié, on le remplace à volonté, le pro-tuteur à l'instar d'un tuteur, on ne peut l'écarter qu'à la condition de prouver son incapacité ou son infidélité. Et puis ces deux administrateurs, le tuteur et le pro-tuteur investis de pouvoirs égaux et parallèles, ne gèrent peut-être pas avec les mêmes vues d'ensemble ; de là, au grand préjudice du mineur, des oppositions et des tiraillements. Il est vrai qu'à la différence du mandataire salarié, le pro-tuteur, véritable tuteur *pro diviso*, est soumis à l'hypothèque légale, ce qui procure aux recours du pupille un objet plus étendu.

Digitized by Google

§ 3

DEVOIRS DU TUTEUR AU DÉBUT DE SON ADMINISTRATION

Enfin un certain nombre de devoirs imposés au tuteur au début de ses fonctions ont pour but d'assurer la fidélité de sa gestion.

A. — C'est d'abord l'obligation de provoquer la nomination d'un subrogé-tuteur. Nous avons indiqué déjà le rôle de ce mandataire, sa mission est de surveiller et de contrôler la gestion du tuteur, de provoquer toute réunion du Conseil de famille, de dénoncer tous actes qu'il croira nécessaires, de représenter le pupille toutes les fois qu'il se trouvera en opposition d'intérêts avec son tuteur [1].

B. — Des scellés ayant été apposés (907, 910, 911, Pr.), soit d'office, soit sur la demande d'un parent, soit sur la demande du tuteur lui-même, celui-ci doit, dans les dix jours qui suivent sa nomination, en requérir la levée ; dans tous les cas, il doit, dans le même délai, faire procéder à la confection d'un inventaire des meubles du pupille. Cette opération a pour effet d'en constater le nombre, la description, l'état, la valeur, et d'em-

1. *Supra*, p. 280.

Digitized by Google

pêcher par suite tout détournement ou substitution. Le subrogé-tuteur doit y assister. L'obligation de l'inventaire est imposée à tous les tuteurs, même aux père et mère (art. 453) [1].

C. — Au cours de cette opération, le notaire doit interpeller le tuteur afin qu'il ait à déclarer, à peine de déchéance, s'il lui est dû quelque chose par le mineur. Si l'on suppose en effet qu'une dette a existé antérieurement au profit du tuteur et qu'elle a été acquittée, il se pourrait que plus tard, mis par suite de sa gestion en possession de la quittance par lui délivrée, il ne la détruisît et ne réclamât de nouveau de son pupille ou ne portât à son propre actif le montant de cette dette.

L'interpellation dont il s'agit rend cette fraude impossible. Il est évident par suite que l'interrogation doit être faite au début de l'inventaire, car si celui-ci terminé, la quittance n'a pas été retrouvée, le tuteur, assuré dès lors qu'elle a disparu, pourra en toute sécurité se dire faussement créancier, et le but de la loi serait manqué [2].

D. — Les meubles sont en général dispendieux en frais d'entretien ; ils se détériorent par le seul

1. Locré, t. VII, p. 225.

2. Les notaires ne manquent jamais de faire cette interpellation lors de la clôture de leur inventaire, et c'est toujours la dernière mention de leur procès-verbal.

Digitized by Google

effet du temps, et puis ils sont improductifs, la loi a donc agi sagement en ordonnant au tuteur de les vendre dès le début de la tutelle.

Cependant, il ne faut pas entendre l'article 452 d'une manière trop absolue. Parmi les meubles, il en est dont le mineur, devenu majeur, regretterait la disparition ; tels sont peut-être les bijoux, les tableaux, les objets d'art, tous les objets qui sont précieux pour lui, à raison de leur origine, des souvenirs qu'ils évoquent. Vendre tout cela, ce serait peut-être faire acte de bon administrateur, mais ce serait certainement faire acte de mauvais père de famille. Le tuteur pourra donc se faire autoriser par le Conseil de famille à conserver en nature une partie des objets mobiliers, même à n'en vendre aucun : si par exemple, l'opulence du mineur peut se passer du revenu que l'on tirerait de la valeur de ses meubles, il ne paraîtrait pas fort utile de mettre tout cela à l'encan pour l'obliger ultérieurement à faire des acquisitions nouvelles et désavantageuses. — Questions de fait que le Conseil de famille appréciera. — Mais, à lire le texte de 452, le tuteur est maître de vendre s'il lui convient, c'est seulement pour ne pas vendre qu'il doit se faire autoriser. *Quid*, je suppose qu'il veuille tout vendre et que parmi les meubles, il s'en trouve un grand nombre qu'il serait avantageux aux intérêts ou à l'affection de l'enfant de conserver, le Conseil

Digitized by Google

peut-il interdire la vente? Quelque puissant argument que fournisse le texte à l'appui de la négative, nous croyons l'opinion contraire préférable. Il est évident d'abord que l'article 452 consacre en la matière le droit de contrôle du Conseil de famille et il serait étrange qu'ayant le droit de contrôler la décision du tuteur, il eût moins d'autorité que lui, ce qui arriverait nécessairement s'il devait attendre qu'il fût interrogé. Une telle interprétation est d'ailleurs éminemment favorable au mineur; tel doit être par suite l'esprit de l'article 452.

Les père et mère, tuteurs ou non, mais investis de la jouissance légale, ne sont pas, suivant le droit commun, tenus de vendre le mobilier de leurs enfants mineurs (453). Ils n'ont même pas à se faire autoriser par le Conseil de famille pour le conserver; ils doivent seulement faire un inventaire[1]. Mais cette faveur cesse à l'expiration de leur usufruit légal.

E. — Au moment où il vient d'entrer en fonctions le tuteur doit solliciter du Conseil de famille une sorte de plan de conduite: il doit faire déterminer la somme qui pourra être annuellement dépensée pour l'entretien et l'éducation, les plaisirs même du mineur, pour les frais d'administration, de réparations des biens, faire déterminer aussi le

1. Quant à l'obligation de vendre, Cf. Demol., t. VI, n° 524-6.

Digitized by Google

chiffre à partir duquel les revenus seront employés, c'est-à-dire convertis en valeurs publiques ou en immeubles. (454-5.) Le règlement de ces dépenses ne pourra être fait que par aperçu et d'une manière approximative, on prendra en considération les circonstances de fortune, de condition, de temps, suivant le précepte romain, *ex persona*, *ex conditione*, *ex tempore*, *pro modo facultatum* [1]. Enfin, complétant ces dispositions, la loi autorise le Conseil de famille à prendre une dernière mesure pour garantir la bonne administration du tuteur : celui-ci peut être astreint à fournir au subrogé-tuteur à des époques déterminées mais séparées par des intervalles d'au moins une année, des états de situation de sa gestion. Le subrogé-tuteur, dont c'est le rôle, fera telles observations que de raison, mais surtout dénoncera au Conseil de famille, s'il y a lieu, les faits qui lui paraîtraient appeler son examen (470).

Mais le Code fait exception en faveur des père et mère tuteurs, ils ne sont pas soumis aux obligations des articles 454 et 470 [2]. D'abord, s'ils ont l'usufruit légal, la question ne peut naître : les revenus leur appartiennent sous les conditions de l'article 385, il est bien évident que pouvant en dispo-

1. 1, § 1 ; L. 2, § 1, D., XXVII, 2.

2. On discutait le point de savoir si l'article 455 était applicable aux père et mère, et le silence du texte autorisait la négative. L'article 6 de la loi du 28 février 1880 les a assimilés sur ce point aux autres tuteurs.

Digitized by Google

ser suivant leur bon plaisir, ils n'attendent pas du Conseil de famille d'avis sur la façon dont ils les emploieront. Mais s'ils n'ont plus cet usufruit, l'exception devient utile. Il est d'ailleurs superflu de la justifier, il eût été inconvenant de soumettre le père ou la mère au contrôle de simples parents sur des questions d'éducation de leurs enfants ou d'administration des biens de ceux-ci. Cependant, les dispositions des articles 454 et 470 sont applicables au mari co-tuteur de la mère tutrice : non-seulement les mêmes raisons de déférence ne le protégent pas, mais encore peut-on dire qu'une sorte de suspicion pèse sur lui et rend plus que jamais utiles les mesures de surveillance et de contrôle? Dans cette hypothèse, les exceptions écrites en faveur de la mère disparaissent en fait, mais aussi en fait ce n'est plus elle, c'est son mari qui administre.

SECTION II

Gestion du Tuteur

Le Code résume les pouvoirs de gestion du tuteur dans les trois propositions suivantes (450) : 1° il représente le mineur dans tous les actes civils ; 2° il administre en bon père de famille ; 3° il répond des dommages-intérêts provenant de sa négligence.

Digitized by Google

L'incapacité du mineur est complète; à la différence du droit romain, d'après lequel le tuteur se contentait souvent d'assister à l'acte accompli par le pupille, dans notre législation celui-ci ne comparaît pas, son tuteur agit lui-même en son lieu et place.

Le tuteur administre en bon père de famille, c'est-à-dire en homme économe, prudent, diligent, dévoué; il ne suffirait pas, s'il néglige habituellement ses propres affaires, qu'il apportât aux biens de son pupille le même soin qu'il met aux siens; il faut quelque chose de plus, il faut cette activité et cette sagesse que résume si bien l'expression adoptée par le Code et qui constituent l'administration d'un bon père de famille.

Enfin, comme sanction de ses devoirs, la responsabilité qu'il encourt le rend débiteur d'indemnités à raison de tous dommages provenant de ses fautes ou de sa négligence.

On divise ordinairement en quatre classes les actes du tuteur, suivant les formalités auxquelles chacun d'eux èst soumis :

1° Ceux qu'il peut accomplir seul;

2° Ceux qui doivent être préalablement autorisés par le Conseil de famille;

3° Ceux qui réclament et l'autorisation du Conseil de famille et l'homologation du tribunal;

4° Ceux qui sont tout-à-fait interdits.

Digitized by Google

A. — Les actes de la première catégorie forment la généralité ; leur source est dans la règle que le tuteur peut faire seul tout ce qui ne lui est pas défendu. Ce sont, en général, toutes les opérations de peu d'importance, qui n'engagent point le patrimoine du pupille et n'en diminuent pas la valeur.

C'est ainsi que le tuteur paie les dettes du pupille, poursuit le paiement des créances de celui-ci et en donne décharge ; il emploie les capitaux versés en ses mains au nom du pupille, suivant le mode qu'il juge le plus utile, mais en est comptable, et parmi les capitaux, il faut comprendre non-seulement les sommes provenant de créances payées, de ventes de meubles ou d'aliénations d'immeubles autorisées, mais aussi les revenus du pupille, déduction faite de ses dépenses. Cependant, en ce qui concerne les revenus, le tuteur ne peut être obligé de les employer aussitôt qu'il les a encaissés, il faut bien qu'il ait une certaine avance pour faire face à des besoins même inattendus : c'est pourquoi (art. 455, — loi du 28 février 1880, art. 6), le Conseil de famille ayant déterminé le chiffre à partir duquel les revenus devront être employés, c'est seulement à partir de cette limite qu'ils doivent être capitalisés, sous peine pour le tuteur d'en devoir les intérêts [1].

1. Le tuteur avait jusqu'ici à peu près la libre disposition des meubles incorporels du pupille, il pouvait les vendre, les échanger, les

Digitized by Google

Le tuteur a qualité pour consentir des baux au nom du mineur (1718, 1429, 1830), c'est lui qui en règle les conditions, mais il ne saurait les consentir pour une période supérieure à 9 ans. Il procède également à toutes les réparations d'entretien qui n'excèdent pas les revenus libres entre ses mains.

B. — L'autorisation du Conseil de famille est nécessaire pour accepter ou répudier une succession même purement mobilière, ou simplement un legs universel ou à titre universel, mais non un legs à titre particulier, car le légataire dans ce cas n'est pas tenu des dettes. L'acceptation doit toujours avoir lieu sous bénéfice d'inventaire (461).

La même autorisation est nécessaire pour accepter une donation. Quoique celle-ci, en effet, soit un acte gratuit, elle est souvent accompagnée de conditions de l'avantage desquelles le tuteur ne doit pas être seul juge.

Et puis aussi des raisons de convenance ou d'honneur peuvent s'opposer à l'acceptation d'une libéralité et en rendre la répudiation nécessaire :

transmettre, endosser, etc. Seuls, la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813 lui défendaient de transférer sans l'autorisation du Conseil de famille les rentes sur l'Etat, lorsque la totalité des inscriptions dont le mineur était propriétaire était supérieure à 50 fr., ou les actions de la Banque de France. Le Code n'avait eu de protections que pour les immeubles ; il est vrai qu'à l'époque où il fut rédigé, les immeubles constituaient à peu près toute la fortune publique. La loi du 28 février 1880 est venue combler cette lacune.

Digitized by Google

une semblable décision engagerait trop la responsabilité du tuteur pour qu'il pût la prendre lui-même, son intérêt et celui de l'enfant rendent nécessaire l'intervention des parents, vrais juges en pareille matière. Et c'est précisément la même pensée qui a fait autoriser les père et mère ou les autres ascendants, même non tuteurs, à accepter la donation offerte au mineur (art. 463, 935), sans qu'il soit besoin d'une délibération du Conseil de famille, devenue dans cette hypothèse superflue.

« Aucun tuteur » ne peut introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du pupille ni acquiescer à une demande de la même nature sans une autorisation du Conseil (464)[1].

Il ne peut de même sans cette autorisation provoquer un partage, et cela quand bien même l'indivision ne porterait que sur des meubles, car le texte ne distingue pas. Mais il peut répondre seul à une demande de partage. Dans tous les cas, l'opération ne pourra être faite qu'en justice. Accompli sans ces formalités, le partage n'est que provisionnel, c'est-à-dire qu'il ne confère guère qu'une sorte de jouissance avec attribution de parts provisoire, le règlement définitif ne pouvant

1. On pourrait concéder au tuteur l'exercice des actions possessoires, car pour être réelles et immobilières, celles-ci n'engagent pas la question de propriété.

Digitized by Google

être obligatoirement ajourné que pour une période de cinq ans renouvelable (465-6, 815).

Enfin, le tuteur ne peut aliéner les rentes, actions, parts d'intérêts, obligations et généralement tous les meubles incorporels des mineurs sans y avoir été autorisé par le Conseil de famille, et pourvu que la valeur n'en soit pas estimée supérieure à 1,500 fr. de capital (art. 1 de la loi du 28 février 1880).

C. — L'autorisation du Conseil de famille doit même être homologuée par le Tribunal lorsqu'il s'agit d'emprunter, acte dangereux dont l'utilité ne saurait être trop vérifiée, ou d'hypothéquer les immeubles, acte plus dangereux encore et qui contient en germe une aliénation, d'aliéner enfin un immeuble : il faut pour un tel acte que la nécessité absolue en soit constatée, que l'insuffisance des ressources du mineur soit bien établie.

Lorsqu'enfin il faut se résoudre à une hypothèque ou à une aliénation, c'est le Conseil de famille qui désigne l'immeuble qui sera sacrifié et si l'aliénation est décidée, elle n'aura lieu qu'avec toutes les précautions, — si onéreuses parfois pour le mineur — des ventes en justice (457 à 460).

L'autorisation et l'homologation sont encore nécessaires pour transiger, mais une condition nouvelle s'impose. La transaction c'est l'abandon-

Digitized by Google

réciproque de tout ou partie des prétentions de deux adversaires, c'est la renonciation à un droit peut-être certain et qui aurait pu triompher devant la justice: il faut donc avant tout se munir de l'avis de trois jurisconsultes, désignés par le Procureur de la République et c'est seulement après que ceux-ci auront décidé le procès périlleux et la transaction avantageuse qu'on en pourra demander l'homologation au tribunal (467).

L'homologation de justice est également nécessaire pour l'aliénation de meubles incorporels d'une valeur supérieure à 1,500 fr. en capital. (Loi du 18 février 1880, art. 2).

D. — Enfin les actes que la loi interdit au tuteur sont au nombre de cinq.

Il ne peut en aucun cas acheter les biens du pupille, deux articles du Code le lui défendent expressément (art. 450, 1596). Et cela quand bien même la vente aurait lieu aux enchères publiques, parce que la loi ne distingue pas et que ce serait d'ailleurs créer entre lui et son pupille un antagonisme d'intérêts.

Il est également défendu au tuteur d'accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille. Le principe de la prohibition est le même, une telle opération placerait en opposition d'intérêts deux personnes dont l'une doit défendre l'autre (450).

Digitized by Google

Le tuteur ne peut disposer à titre gratuit des biens du pupille; la vente au moins produit un capital en échange de la chose abandonnée; mais la donation n'est qu'un pur amoindrissement du patrimoine sans aucun avantage. D'ailleurs, administrer c'est conserver et non dissiper. — Toutefois, la prohibition n'est pas absolue; il est manifeste qu'elle ne s'étend pas à ces faibles libéralités, présents d'usage que nos habitudes sociales rendent nécessaires et qui ne se prennent du reste que sur les revenus.

Le compromis est prohibé: il y a des tribunaux pour trancher les litiges intéressant le pupille, des arbitres ne présentent pas les mêmes garanties d'impartialité, de science et d'expérience. Au reste, la loi le prohibe formellement, « on ne peut com-« promettre sur aucune des contestations qui se-« raient sujettes à communication au Ministère « public, » et telles sont les contestations intéressant les mineurs (1004, 83, Pr.).

En principe, le tuteur ne peut devenir le fermier de son pupille, car ce serait le placer entre son intérêt et son devoir et créer par suite une rivalité entre lui et celui qu'il a mission de défendre et de représenter. Mais il se peut que par suite de circonstances particulières, telles que la proximité des propriétés du tuteur et du pupille, la position personnelle du tuteur, l'habileté avec laquelle il

Digitized by Google

exploite, sa parenté, son affection, son désintéressement, aucun fermier ne puisse lui être préférable. Toutes ces considérations pesées, le Conseil de famille a le pouvoir de faire exception à la règle et d'autoriser le subrogé-tuteur à consentir un bail au tuteur et d'en régler les conditions. En ce qui concerne les choses louées, le subrogé-tuteur représente directement le pupille et devient un véritable tuteur *ad hoc*.

Telles sont rapidement esquissées les règles qui doivent guider la gestion du tuteur; examinons maintenant le caractère de sa responsabilité qui en est la sanction.

SECTION III

Responsabilité. — Compte de tutelle

§ 1

RESPONSABILITÉ DU TUTEUR

A. — Le tuteur est un mandataire, le pupille est son mandant; on peut donc dire d'une manière générale qu'ils sont soumis aux obligations qui naissent d'un mandat. Or, le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de sa faute; il répond non-seulement du dol, mais même de ses fautes; enfin il doit rendre

Digitized by Google

compte. Inversement, le mandant doit l'indemniser de toutes les dépenses ou pertes dont la gestion a été pour lui l'occasion, et respecter les engagements pris dans les limites du mandat (art. 1991-2-3-8-9 et 2000).

Ces obligations sont de droit naturel ; il est bien évident, en effet, que celui qui est chargé d'administrer des biens n'en saurait user à sa guise et ne pourrait être dispensé de les représenter ou de justifier leur disparition. Ce sont ces mêmes principes que le Code a appliqués à la tutelle. Le tuteur doit administrer en bon père de famille et il est responsable de tous les dommages-intérêts qui pourraient résulter de sa mauvaise gestion, de même qu'il l'est de l'administration de tout agent salarié dont il se serait fait aider (art. 450, 454). Enfin, la reddition de comptes à laquelle il est astreint est la garantie de cette responsabilité (469).

De tels devoirs sont d'ordre public, et l'on ne saurait s'y soustraire. Mais, cependant, un donateur a disposé en faveur du mineur, à la condition que le tuteur serait dispensé de rendre compte de la gestion des objets compris dans la libéralité. La clause est-elle valable ? Non, la raison, nous venons de l'indiquer, la responsabilité est d'ordre public, aussi ne conteste-t-on pas cette solution. Mais on va plus loin : la donation a été faite par un étranger, ou même par un ascendant, mais elle

Digitized by Google

n'excède pas la quotité disponible ; le disposant aurait pu en gratifier le tuteur, ne pourrait-il pas, au moins, le dispenser de rendre compte ? Non, une pareille dispense serait une véritable donation déguisée ; or, s'il n'y a pas de cause prohibant cette donation en faveur du tuteur, il fallait la faire ; s'il en existe, l'acte est nul comme déguisé. Et puis, enfin, à qui est faite la libéralité ? Au mineur, elle est entrée dans son patrimoine et celui qui administre doit rendre compte.

B. — Il est manifeste que toutes les fois que le tuteur a accompli un acte qui lui est interdit, ou bien n'a pas eu recours aux formalités exigées par la loi, ou bien a négligé de remplir ses obligations, telles que la vente des meubles, l'emploi des capitaux, l'acceptation ou la transcription des donations (452, 455, 942), il a violé ses devoirs et sa responsabilité est engagée. C'est seulement à l'égard de ce qu'il a exécuté dans les limites mêmes de ses pouvoirs qu'un doute peut s'élever, au moment du règlement du compte : l'acte était-il utile, la perte subie pouvait-elle être évitée, y a-t-il eu vigilance suffisante ? Y a-t-il eu faute ?

Autant de questions de fait que la loi abandonne à l'appréciation du juge. Ce qui serait une faute de la part d'un administrateur habile et expérimenté pourra n'en être pas une de la part de tel autre ;

Digitized by Google

or, le défaut de connaissance, de sagesse ne peut pas être imputé à crime au tuteur, lui qui ne s'est pas offert au mandat (1992), et tout au contraire n'aurait pu qu'à grand peine s'y soustraire. Les règles qui devront guider le tribunal sont donc : d'une part, en droit, celle écrite à l'article 450, il faut gérer en bon père de famille ; d'autre part, en fait, celle qui consiste à tenir compte de la personne, de la chose, du temps, c'est-à-dire : 1° de la capacité du tuteur ; 2° des difficultés particulières qu'a pu présenter la gestion d'un patrimoine considérable, comprenant des biens litigieux ou des immeubles séparés par de grandes distances ; 3° des événements, crises politiques, commerciales, disettes, guerres, inondations, etc. C'est en tenant compte de toutes ces circonstances qu'on appréciera si les dégradations et détériorations pouvaient être évitées, si les dépenses alléguées sont suffisamment justifiées ou avaient un objet utile (471-2°) ; en un mot, s'il y a eu faute imputable (132, Pr.).

§ 2

COMPTE DE TUTELLE[1]

C'est d'après ces bases que s'établit le compte de tutelle. Il comprend deux parties : tout ce dont

1. Ce n'est pas seulement à l'époque de la majorité ou de l'émancipation qu'un compte de tutelle doit être rendu, ce peut être pen-

Digitized by Google

le tuteur est débiteur et tout ce dont il est créancier. Les dettes ont pour objet tous les capitaux, revenus, fruits, objets reçus, à quelque titre que ce soit, ou plus simplement les recettes ; il faut ajouter toutes les indemnités, dommages-intérêts que le tuteur pourrait devoir à raison de son dol, de ses fautes ou de sa négligence. A son actif, au contraire, il portera les frais de gestion, les dépenses utiles ou suffisamment justifiées, toutes les pertes arrivées fortuitement ou par force majeure.

Le compte doit être détaillé (1471), cela ne veut pas dire que les moindres dépenses doivent faire l'objet d'un article spécial, ce serait le plus souvent impossible, surtout si la tutelle a duré un grand nombre d'années ; cette règle a pour but seulement d'interdire un état tellement bref qu'aucune vérification ne soit possible, et par exemple, celui qui ne contiendrait que trois nombres, l'actif, le passif, le reliquat, ne serait pas admissible ; il faut au moins que les recettes et les dépenses soient divisées par années et par nature d'opérations. Autant que possible, les pièces justificatives devront être annexées, non qu'il faille joindre les quittances des moindres fournitures, il faut au moins celles qui se rapportent à des dépenses de quelque im-

dant les premières années de l'enfance, puisque le tuteur peut décéder ou être remplacé et que toute cessation de fonctions nécessite un règlement. Seulement alors c'est le subrogé-tuteur et non le pupille qui reçoit le compte.

Digitized by Google

portance. Bref, il faut que le compte de tutelle soit sérieux, c'est-à-dire que la fidélité et la sincérité en puissent facilement être reconnues.

Le législateur n'a eu garde d'oublier que le pupille devenu majeur reste soumis à une sorte de sujétion ou d'obéissance morale envers son tuteur et que celui-ci aurait pu profiter de cette situation pour se dispenser de lui rendre ses comptes ou lui arracher une décharge sans justifications : l'article 474 rend cette fraude impossible : « Tout traité « intervenu entre le tuteur et le mineur devenu « majeur sera nul, s'il n'a été précédé de la red- « dition d'un compte détaillé et de la remise des « pièces justificatives, le tout *constaté par un ré-* « *cépissé de l'oyant compte dix jours au moins avant* « *le traité.* » (Cf. art. 2045). Le pupille ne peut donc renoncer à ses droits. C'est aussi en raison de cette espèce de crainte révérentielle que la loi a décidé que « le reliquat dû par le tuteur porterait « intérêts, *sans demande* à compter de la clôture du compte,» alors qu'ordinairement les intérêts ne courent que du jour de la demande en justice (1153); il est manifeste en effet que l'ex-mineur oserait difficilement employer contre celui qui était hier son tuteur les mesures rigoureuses qui constituent la mise en demeure. Mais en retour la loi use de quelque bienveillance en faveur du tuteur qui se trouverait créancier du reliquat en lui permettant

Digitized by Google

de faire courir les intérêts à l'aide d'une simple sommation.

§ 3

RESPONSABILITÉ DU SUBROGÉ-TUTEUR ET DU CONSEIL DE FAMILLE

A. — Le compte de tutelle pourrait-il être l'occasion pour le pupille d'agir soit directement, soit subsidiairement contre son subrogé-tuteur en raison d'une responsabilité qui incomberait à celui-ci ?

Lorsque le subrogé-tuteur administre, par exemple en cas de vacance de la tutelle, ou lorsqu'une opposition d'intérêts l'appelle à représenter le pupille contre le tuteur, alors il remplit véritablement les fonctions de tuteur, il est responsable et doit rendre compte comme tout gérant. Mais ses immeubles ne sont pas frappés d'hypothèque comme ceux d'un tuteur, la loi n'a créé d'hypothèque légale que sur les biens de celui-ci : or, lorsque le subrogé-tuteur remplace le tuteur, s'il devient tuteur de fait il ne le devient pas de droit, il exerce tout simplement ses attributions de subrogé-tuteur qui consistent aussi bien à suppléer qu'à surveiller.

Mais lorsqu'il se borne à surveiller et à contrôler, il ne peut être responsable de la gestion du tuteur, pas plus que ne le sont les comités de surveillance dans les sociétés de commerce. Cependant il manque à sa mission et devient responsable comme

Digitized by Google

ces comités lorsque son défaut de surveillance est tel qu'il constitue une faute ou un dol (art. 1382-3).

Il est enfin et par exception, responsable dans les cas limitativement prévus par la loi (art. 424, 1442, 2139).

B. Quid *du Conseil de famille ?* — En droit romain le magistrat chargé d'exiger une caution du tuteur et qui manquait à ce devoir ou qui en agréait un insolvable, était responsable envers le pupille [1]. A l'imitation de cette règle, l'un des projets préparatoires du Code déclarait responsables les parents qui avaient concouru à la nomination d'un tuteur insolvable, si ce tuteur avait mal géré (art. 74-76). Le Code ne contient aucune disposition semblable, il en faut nécessairement conclure qu'on a désapprouvé les errements proposés. Mais il va de soi que le Conseil reste soumis aux principes de droit commun, que s'il ne peut être tenu des suites des actes qu'il a ordonnés ou autorisés de bonne foi et dans l'intérêt de l'enfant, il n'en serait pas de même de tout ce qui résulterait de son dol ou de sa faute lourde (1382-3, 1991).

1. Inst., I, 24, § 3 et 4; — Dig., XXVII, 8.

Digitized by Google

APPENDICE AU TITRE III

PROTECTIONS DIVERSES DE LA LOI EN FAVEUR DES MINEURS

Sous cette rubrique, nous comprenons un certain nombre de dispositions disséminées dans les divers titres du Code civil qui ont pour but de protéger et de favoriser le patrimoine de l'enfant ou plus généralement du mineur et dont l'exposition ou la simple indication n'ont point encore trouvé place jusqu'ici. Nous allons passer en revue les plus importantes :

I. *Partages.* — On sait que lorsqu'il y a lieu de procéder au partage de biens indivis possédés pour une portion par un mineur, il faut recourir aux formalités de justice. Or, quelles sont ces formalités? On commence par requérir du juge de paix l'apposition des scellés, puis on les lève et l'on rédige à mesure un inventaire des meubles. En même temps les immeubles sont estimés par des experts choisis par les parties, ou nommés par justice; leur rapport doit préciser les bases de l'opération, indiquer si l'objet est commodément partageable et fixer en cas de division les lots qu'on en peut former et leur valeur. Le tribunal ayant

Digitized by Google

homologué ce rapport, il est procédé devant lui ou devant un notaire commis au tirage au sort des lots. Si ce partage en nature ne peut se faire, le tribunal ordonne qu'il sera procédé à une licitation, et la licitation ne peut avoir lieu qu'en la forme prescrite pour les ventes d'immeubles appartenant à des mineurs. Les étrangers y sont, en outre, nécessairement admis (460, 819, 32, Civ., 944, 966, 85, Pr.)

II. *Ventes d'immeubles.* — La délibération du Conseil de famille qui a autorisé la vente et désigné les immeubles à vendre ayant été homologuée, ou bien en cas d'indivision, la licitation ayant été ordonnée, le tribunal fixe la valeur ou la mise à prix de l'immeuble et désigne le notaire devant lequel il sera procédé à la vente, à moins qu'il ne déclare qu'elle aura lieu à l'une de ses audiences; un cahier des charges est rédigé, des placards sont apposés, des insertions ont lieu dans les journaux, puis, au jour fixé, les enchères sont reçues, le tout en présence du subrogé-tuteur. Dans les huit jours qui suivent l'adjudication, toute personne peut faire une surenchère du 1/6 (459 Civ., 953-65, Pr.).

On voit de quelles précautions, de quelles garanties la loi environne les partages et les ventes, afin que le mineur soit à l'abri des fraudes, afin

Digitized by Google

aussi que les adjudications s'élèvent aux plus hauts prix possibles. Mais tout cela nécessite des frais, et ces frais sont supportés par les co-partageants, en cas de vente par les adjudicataires, c'est-à-dire indirectement par les vendeurs. Aussi de quelques bonnes intentions que la loi se soit inspirée, est-il incontestable que son but est en partie manqué : les actes judiciaires, le timbre, l'enregistrement coûtent cher et de bons esprits regrettent tant de protections légales, car, et cela est vrai surtout des petits patrimoines, une défense excessive tourne souvent à la ruine[1].

III. *Ventes de Meubles.* — Lorsque furent rédigés nos Codes, la fortune mobilière existait à peine, le législateur réservant ses faveurs pour les immeubles n'écrivit que peu de dispositions relatives aux meubles, *res mobilis*, *res vilis*. Après les publications et affiches d'usage la vente a lieu publiquement, en présence du subrogé-tuteur, aux enchères reçues par un officier ministériel ; celui-ci dresse un procès-verbal et demeure responsable envers les vendeurs des prix des adjudications.

Dans tout cela rien qui concerne la fortune mobilière incorporelle, si considérable aujourd'hui et

1. Les Chambres sont actuellement saisies d'un projet de loi qui modifie, en les allégeant, les conditions de vente des immeubles des incapables.

Digitized by Google

si facile à dissiper. La loi du 28 février 1880 est venue sur ce point régler les obligations des tuteurs. Nous avons dit déjà que ceux-ci ne peuvent vendre les meubles incorporels, à la différence des autres meubles, sans une autorisation du Conseil de famille qui doit même être homologuée lorsque le capital est supérieur à 1,500 fr. La vente ainsi ordonnée ne peut avoir lieu que par ministère d'agent de change s'il s'agit de valeurs négociables à la Bourse ; dans le cas contraire, force est bien au tuteur d'y procéder lui-même. Mais le Conseil de famille prescrit telles mesures qu'il croit nécessaires, par exemple fixe le prix, se fait rendre compte, ordonne une adjudication publique, etc.

Ce n'est pas tout, le tuteur doit convertir en valeurs nominatives toutes les valeurs au porteur : le mineur n'en saurait plus posséder d'autres ; quant à celles qui ne sont pas susceptibles de revêtir cette forme, le tuteur doit, au choix du Conseil de famille, les vendre et employer le prix en résultant, ou les déposer soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'un tiers.

Ces dispositions nous paraissent avoir évité l'écueil auquel s'est heurté le rédacteur du Code en ce qui concerne les immeubles, l'exagération des frais. Les mesures qui précèdent sont en effet sages, modérées et peu coûteuses.

Digitized by Google

IV. *Baux.* — Les baux des immeubles du mineur ne peuvent être passés que pour une période de neuf ans, et après sa majorité, ils ne sont obligatoires que pour le temps qui reste à courir de la période de neuf ans où se trouvent les parties. Cette durée peut cependant se trouver prolongée pendant trois ans s'il s'agit de biens ruraux, deux ans s'il s'agit de maisons : délai pendant lequel il est permis de procéder au renouvellement, renouvellement que doit subir l'ex-incapable. Ces mesures ont un triple intérêt : celui des preneurs, celui des propriétaires au nom desquels on traite, l'ordre public. S'il eût été défendu à l'administrateur de consentir des baux survivant à l'échéance de sa gestion, ou s'il eût dû attendre leur expiration pour les renouveler, les immeubles fussent restés improductifs, personne en effet n'eût accepté des conditions aussi aléatoires (1718, 1429-30, Civ.).

V. *Contrainte par corps.* — Avant que la loi du 22 juillet 1867 ne l'eût aboli, le mineur trouvait dans le titre de la contrainte par corps deux nouvelles faveurs de la loi ; d'abord le législateur l'avait déchargé de cette mesure rigoureuse d'exécution, quand bien même il se fût rendu coupable de stellionat. « On est parti de cette idée, — dit « Troplong — que la loi restitue toujours le mi- « neur quand il est lésé, et que de toutes les lésions

Digitized by Google

« la plus grande, comme la plus évidente, c'est la « perte de la liberté. » Ajoutons aussi que c'eût été une lésion irréparable. Et puis celui qui est insolvable a bien toujours quelque faute à se reprocher, en peut-on dire autant du mineur qui n'a point de discernement aux yeux de la loi? Celui qui solvable refuse de payer agit volontairement: en peut-on dire autant du mineur qui n'administre pas?

Enfin, à défaut d'autres raisons, l'humanité voulait qu'on eût des égards pour la faiblesse,

Parcendum teneris [1].

Le tuteur, au contraire, était soumis, non-seulement à la contrainte par corps ordinaire, mais même à la contrainte exceptionnelle qu'il était laissé à la prudence du juge de prononcer (126, Pr.). Il y a plus, le bénéfice de la cession de biens judiciaire qui avait pour but d'affranchir de l'incarcération le débiteur malheureux, était refusé au tuteur. (1268, C. c., 905, Pr.)

VI. *Demandes judiciaires.* — Les procès qui concernent des mineurs sont aussi l'objet des faveurs de la loi. En premier lieu, ils sont dispensés du préliminaire de conciliation (Pr., 49). Quel est, en effet, le but espéré de cette formalité? Une tran-

1. Virg., *Géorg.*, II, 364.

Digitized by Google

saction qui va mettre fin à la contestation. Or, à l'égard de biens d'un mineur, on ne peut transiger, ou si on le fait parfois, les formalités que réclame l'article 467 du Code civil sont peut-être plus longues et dispendieuses que le procès qu'on proposerait d'étouffer. Ce sera donc une perte de temps et d'argent que d'imposer une tentative de conciliation. La loi la supprime.

Nous rappelons que l'article 83, C. Pr., déclare communicables au Ministère public les causes intéressant des mineurs.

Enfin, la loi ouvre au mineur qui n'a pas été « valablement défendu » un moyen extraordinaire d'attaquer le jugement qui l'a condamné (481, Pr.), et notamment dans le cas où la communication au Ministère public a été omise (art. 480-8°, 481, Pr.). Le mot « valablement défendu » qu'emploie la loi, ne s'applique évidemment qu'à l'omission des protections légales, par exemple, s'il y a eu vices de formes, si l'avoué n'a pas produit de défenses, si l'on a laissé couvrir des vices, expirer des délais, si le mineur n'a pas été représenté au procès ou l'a été par un autre que par son tuteur. Mais le texte ne permettrait pas d'invoquer l'inexpérience, la faiblesse de l'avocat ou de l'avoué choisis au nom du tuteur. — Enfin, la requête civile est ouverte pendant un délai de deux mois, qui court du jour seulement où le jugement a été signifié à

Digitized by Google

la partie elle-même et depuis sa majorité (484). Les délais sont suspendus pendant la minorité.

VII. *Prescription.* — « La prescription ne court « pas contre les mineurs, » elle est suspendue mais non interrompue. L'interruption met à néant la possession écoulée et place le possesseur au même point que s'il n'avait pas encore commencé à prescrire, elle résulte d'événements naturels ou d'actes judiciaires. La suspension laisse subsister la durée de la possession écoulée, crée un temps d'arrêt, après lequel la prescription recommençant à courir viendra se joindre à la première. Vis-à-vis du mineur, la prescription est suspendue parce que son état de minorité l'empêche d'agir, *contra non valentem agere non currit præscriptio.* Mais, dira-t-on, il a un tuteur qui le représente, qui a le droit et le devoir d'exercer les actions qui lui compètent : il semble donc que la prescription aurait dû continuer à courir contre lui, sauf son recours contre le tuteur qui par sa négligence a laissé expirer le délai. L'objection est grave. Le privilége que la loi accorde ainsi au mineur est extrême, la société en souffre; en prolongeant pendant de longues années le temps de la prescription, la propriété demeure longtemps incertaine. Néanmoins, la loi l'a décidé ainsi, elle n'a pas voulu que le mineur, incapable de surveiller son tuteur,

Digitized by Google

demeurât victime d'une négligence qui lui était étrangère et qu'il n'avait pas lui-même le moyen de prévenir (2252).

Toutefois, reconnaissant ce qu'il y avait d'excessif dans cette faveur, le législateur n'a pas laissé que d'introduire de nombreuses exceptions au principe. La minorité ne suspend pas par exemple les petites prescriptions (2278); elle n'arrête pas le cours du délai pendant lequel peut s'exercer le réméré (1663), la rescision d'une vente pour cause de lésion (1676), l'appel d'un jugement (444, Pr.); elle ne suspend pas la péremption d'instance (398, Pr.) — (*Adde* 942, 1070, 1074, C. c., 1304, C. c.)

CONCLUSION

CAPACITÉ DE L'ENFANT

Nous avons exposé, au moins dans ses grandes lignes, l'ensemble du statut personnel de l'enfant. Tandis que le majeur, maître de sa conduite comme de ses facultés, agit librement et subit les conséquences de ses actes, l'enfant, environné de protecteurs qui le représentent, disparaît de la vie civile. Il est incapable de contracter, dit l'article 1124, voilà le droit; cela est-il bien conforme aux faits? Ne voit-on pas, en effet, tous les jours, des mineurs acheter, payer, prêter, louer, ordon-

Digitized by Google

ner? Tout cela ne prouve-t-il pas qu'une incapacité absolue, sans restrictions et sans exceptions, serait inadmissible et que la loi n'a pu vouloir la prononcer?

Certes, nous laissons de côté l'enfant en bas-âge, celui que le droit romain appelait *infans* ou *infantiæ proximus*. Incapable de donner un consentement raisonné, il ne peut que demeurer dans une inaction complète. Le législateur et le jurisconsulte n'ont pas à se préoccuper de ses actes, à moins que ce ne soit pour frapper et accuser d'indélicatesse le tiers qui n'aurait point craint de contracter avec lui; une pareille convention serait le néant juridique.

Mais il n'en peut être de même de l'enfant qui a déjà quelque intelligence; non que nous voulions parler non plus de cette intelligence des dernières années de l'adolescence et qui permet, par exemple, au mineur d'être avocat [1], mais simplement de cette faible intelligence que les anciens appelaient *aliquid intellectum* et que nous appelons discernement, qui permet de saisir la nature des actes, mais non d'en comprendre la portée, l'intérêt ou les conséquences. Eh bien! c'est de cet enfant-là que nous nous demandons quelles sont les limites de son incapacité [2]?

1. Voir D. Alph., v° *Avocat*, n° 73.
2. Il va de soi que nous laissons de côté le mineur émancipé.

Digitized by Google

Malheureusement, l'article 1305, siége de la question, conçu en termes vagues et généraux, est mal rédigé, et l'on ne sait point s'il vise seulement les conventions consenties par le mineur seul, ou même celles formées par le tuteur, et parmi celles-ci on ne sait encore de quelle catégorie il s'agit. De là plusieurs systèmes ont été proposés qui tous se fondent sur les meilleures et les plus solides raisons, *et adhuc sub judice lis est.*

Nous lisons, en effet, dans l'article 1305, que la lésion est ouverte « contre toutes sortes de conven- « tions. » Or, que signifient ces mots ? A les prendre à la lettre, voici ce qu'il faut décider ; de deux choses l'une : ou bien tous les actes sont rescindables, s'il en résulte une lésion, même ceux accomplis par le tuteur, même ceux accomplis par lui avec les formalités requises ; ou bien aucun acte, même celui qui a été accompli en violation de ces formalités par le pupille, aussi bien que par le tuteur, n'est rescindable, à moins que l'on ne prouve une lésion. Quant à la première interprétation, elle n'est pas admissible : l'administration des biens nécessite une foule de conventions ; or, dans de pareilles conditions, qui voudra contracter, de quelque garantie que l'acte soit entouré, tuteur, Conseil de famille, homologation du tribunal, si le pupille subit une perte, il pourra, dans 10, 20, 30 ans et plus, faire annuler le marché que l'on

Digitized by Google

aurait passé avec ses représentants! l'on s'abstiendra. Mais les biens du mineur se détériorent, mais les voilà devenus de véritables biens de main morte, plus de crédit pour l'enfant : étrange protection, en vérité! Quant à la seconde interprétation, elle ne se soutient pas davantage. Elle n'aurait d'autre résultat que de supprimer toute protection : quel que soit l'auteur de l'opération, quelles que soient les formes employées, quelques prescriptions qu'on ait violées, l'acte n'est attaquable que s'il y a lésion, pourquoi dès lors recourrait-on à des formalités gênantes ou onéreuses, puisqu'il n'en résulterait rien de plus stable ; avec ou sans ces formalités, le résultat est le même, l'acte est également bon ou mauvais, autant vaut s'en abstenir. — Concluons : Toute la section VIII du titre de la minorité devient inutile, le législateur aurait pu se dispenser d'édicter des règles relativement à l'administration du tuteur : dans la première hypothèse, les précautions de cette section n'en laissent pas moins les actes annulables ; dans la deuxième, l'omission des mêmes règles les laisse valables.

L'argumentation qui précède nous permet d'écarter sans les discuter autrement les opinions de plusieurs auteurs.

Toulier tire de l'article 1311 cette règle que les actes de gestion se divisent en deux catégories,

Digitized by Google

ceux qui sont nuls et ceux qui ne sont que sujets à rescision pour cause de lésion ; dans la première catégorie, il place tous les actes accomplis soit par le pupille seul, soit par le tuteur, en violation des formalités habilitantes ; dans la deuxième se trouvent les simples actes d'administration quel qu'en soit l'auteur, et la rescision en est ouverte si l'on prouve une lésion [1].

Troplong admet à peu près le même système. L'omission des formes requises rend l'acte nul, que le tuteur ou que le pupille en soit l'auteur ; la même nullité frappe les simples actes d'administration qui sont l'œuvre du pupille, parce qu'il est incapable d'aucune opération, quelle qu'elle soit (art. 450, 1124). — La lésion ne peut plus être invoquée que pour ce qui a été accompli par le tuteur dans les limites de ses attributions [2].

Demante modifie autrement la théorie de Toulier. Pour lui, les actes du mineur seul, que des formalités soient ou non requises, ne sont jamais nuls, mais seulement susceptibles de rescision. Cette doctrine paraît à l'auteur, qui n'en méconnaît pas la bizarrerie, ressortir de l'article 1305 qui ne vise que les conventions du mineur, mais les vise toutes

1. Toulier, t. VI, n° 106.
2. Troplong, *Vente*, n° 166, et *Hyp.*, n°s 488 et seq.

Digitized by Google

sans exception et ne les soumet dans tous les cas qu'à la rescision[1].

Enfin, Merlin pense que tous les actes soit du tuteur, soit du pupille, sujets ou non à des formes, ne sont également sujets qu'à la rescision pour cause de lésion et qu'ils ne sont jamais nuls[2].

Toutes ces opinions sont inadmissibles. Nous l'avons dit déjà, elles sont destructives de tout crédit du mineur.

Une autre doctrine à laquelle s'est ralliée la jurisprudence est professée par un grand nombre de jurisconsultes[3].

Un premier principe est écrit dans l'article 1124: le mineur est incapable de contracter. Rien de plus sage, d'autres prendront soin de ses intérêts, d'autres le représenteront.

Mais le législateur reconnaît aussitôt que la règle est trop absolue, il sait bien qu'en fait un enfant agit souvent et qu'il y aurait impossibilité à le condamner à une inaction absolue. D'où une seconde règle que contient l'article suivant : « Le « mineur..... ne peut attaquer ses engagements « que dans les cas prévus par la loi. » Et le légis-

1. Demante, *Programme*, t. II, n° 782.
2. Merlin, *Quest.*, v° *Hyp.*, § 4, n° 3.
3. Duranton, t. X, n°s 281 et s. ; — Valette, sur Proudhon (sur les sections 2 et 5 du ch. XVI du tome I). — Larombière, sur l'article 1305 ; — Marcadé, sur l'article 1305 ; — Demol., t. VII, n°s 820 et s. Dalloz, v° *Oblig.*, n°s 359 et s.

Digitized by Google

lateur complète sa pensée dans l'article 1305 : « La « simple lésion donne lieu à la rescision en « faveur du mineur non émancipé contre toutes « sortes de conventions. »

D'où il suit que les actes de gestion doivent se classer ainsi :

1° Des actes valables ; 2° des actes nuls ; 3° des actes rescindables pour cause de lésion (1311). Les premiers sont ceux que le tuteur a accomplis avec les formalités légales lorsqu'il en est requis, et ceux qu'il a pleine capacité pour accomplir lui-même (art. 450 et seq.). Les seconds sont ceux que la loi avait entourés de formes habilitantes et qui ont été exécutés soit par le tuteur, soit par le pupille au mépris de ces prescriptions, car ni l'un ni l'autre n'ont une capacité suffisante (art. 450 et seq., 1314, art. 1108, 1124). Les troisièmes sont les actes de simple administration que le pupille a consentis par lui-même, quoique la loi lui eût conseillé de s'en abstenir (1124), mais tout en reconnaissant cependant qu'en fait, elle ne peut les lui interdire absolument (1125, 1305), ainsi que l'ont expressément déclaré Bigot de Préameneu dans son Exposé des motifs et le tribun Jaubert dans son rapport [1].

1. Bigot de Préameneu, séance du Conseil d'Etat du 7 pluv. an XII (Dalloz, v° *Oblig.*, n° 147); — Jaubert, séance du 13 pluv. an XII (Dalloz, *ibid.*, n° 301).

Digitized by Google

De pareils actes, en effet, on ne peut les déclarer nuls en la forme ; il n'y a pas de formes prescrites et, d'un autre côté, pourquoi les annuler sous prétexte d'incapacité s'ils sont avantageux? Le droit ancien n'admettait-il pas de même que le pupille pouvait valablement faire sa condition meilleure? Telle est la doctrine qui nous paraît la plus conforme aux textes en même temps qu'aux vrais intérêts du mineur [1].

En résumé, soit pendant le mariage, soit pendant la tutelle, l'enfant ne peut accomplir que des actes de peu d'importance, des actes de la vie journalière, des actes d'administration et il peut même se faire restituer, s'il en est résulté pour lui quelque préjudice.

1. Quant aux actes que le pupille a faits autorisé de son tuteur, ou bien ce sont des actes d'administration, et c'est en réalité le tuteur qui les a consentis, ou bien ce sont des actes soumis aux formes de la loi, et ils sont, en l'absence de celles-ci, nuls pour violation de ces formes. Enfin, le tiers ne saurait jamais réclamer ni la nullité ni la rescision pour lésion, car les protections légales ne sont pas écrites pour lui, il pourrait seulement, en réponse à l'action du mineur, réclamer le remboursement de ce qu'il lui a payé, mais encore à la condition de prouver que ce qui a été payé a tourné au profit du demandeur (1312). L'action en rescision ne dure que 10 ans, mais à partir seulement de la majorité (1304, 2252); elle ne s'applique pas aux pertes provenant d'un événement fortuit et imprévu (1306) ni aux obligations nées de faits délictueux (1310).

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

Pages

AVANT-PROPOS. V

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION. 9

TITRE Ier. — Condition civile de l'enfant *alieni juris*. — De la puissance paternelle. 14

CHAPITRE Ier. — Quelles personnes sont soumises à la puissance paternelle. 16

SECTION I. — Comment elle s'acquiert. 16

§ 1er. — Mariage. 16

§ 2. — Légitimation.. 17

§ 3. — Adoption et Adrogation. 20

SECTION II. — Comment elle se perd. 23

CHAPITRE II. — Effets de la puissance paternelle. 27

SECTION I. — Droits que confère la puissance paternelle.. 28

§ 1er. — Pouvoirs sur la personne.. 29

1° Droit d'autorité. 29

A. Droit d'exposition. 29

B. Droit d'user de la personne. 30

C. Droit de vente. 32

D. Droit d'abandon noxal. 33

2° Droit de Juridiction. 34

Droit de correction, de vie et de mort.. 34

§ 2. — Pouvoirs sur les biens. Capacité de l'*alieni juris*. 40

Digitized by Google

Pages

§ 3. — La *patria potestas* confère-t-elle un droit de propriété. 43

§ 4. — Différences entre la condition de l'enfant et celle de l'esclave.. 49

SECTION II. — Atténuation progressive des droits du *paterfamilias*.. 52

§ 1er. — Relativement à la personne. 54

A. Droit de correction, de vie et de mort. . . . 54
B. Droit d'exposition. 57
C. Droit de disposer de la personne.. 62
D. Droit de mancipation.. 63
E. Droit d'abandon noxal. 65

§ 2. — Relativement aux biens. — Pécules. 66

CONCLUSION. 72

TITRE II. — Condition civile de l'enfant *sui juris*. — De la tutelle. 74

CHAPITRE 1er. — Organisation de la tutelle. 77

SECTION I. — Qui est en tutelle ?. 77
SECTION II. — Différentes espèces de tutelles.. 79

§ 1er. — Tutelle testamentaire. 80
§ 2. — Tutelles légitimes ; tutelles fiduciaires. 82
§ 3. — Tutelle dative. 88

SECTION III. — Garanties exigées des tuteurs. 92

A. Incapacités. 92
B. Causes d'exclusion ou de destitution. 93
C. Garanties matérielles.. 94

CHAPITRE II. — Administration de la tutelle.. 98

SECTION I. — Division des âges de l'impubère—Sa capacité. 98
SECTION II. — Du tuteur. 105

§ 1er. — Ses devoirs.. 105
§ 2. — Ses fonctions — De l'*auctoritas*. 109

SECTION III. — Effets des actes du tuteur et du pupille. . 119

§ 1er. — Dans leurs rapports avec les tiers. 119

A. Actes accomplis par le tuteur seul. 119
B. — — — le pupille autorisé.. . . 120
C. — — — le pupille seul.. 121

§ 2. — Dans les rapports du tuteur avec le pupille. . . 125

Digitized by Google

Pages

CHAPITRE III. — Compte de tutelle; Actions accordées au pupille. 128
A. Action *tutelæ directa*.. 129
B. Action *de distrahendis rationibus*.. 131
C. Action *ex stipulatu*.. 131
D. Action subsidiaire contre le magistrat.. . . . 132
E. Action en nullité.. 133
F. *Restitutio in integrum*. 133

DEUXIÈME PARTIE

DROIT FRANÇAIS

TITRE Ier.—Etat civil de l'enfant.—De l'acte de naissance 145

CHAPITRE Ier. — Historique. 147

CHAPITRE II. — Rédaction de l'acte de naissance. 152
§ 1er. — La naissance.. 152
§ 2. — Le sexe. 156
§ 3. — La filiation. 157

CHAPITRE III. — Force probante. — Rectification de l'acte de naissance. 162

CHAPITRE IV. — Critiques — De la présentation — Du défaut de garanties dans la personne du rédacteur de l'acte.. 171
SECTION I. — De la présentation. 171
§ 1er. — Motifs. 172
§ 2. — Résultats. 173
§ 3. — Réformes proposées.. 183
SECTION II. — Défaut de garanties dans la personne du rédacteur de l'acte. 188

TITRE II. — De la personne de l'enfant. 193

CHAPITRE Ier. — Pendant le mariage—Puissance paternelle. 196
SECTION I. — Devoirs de l'enfant. 197
§ 1er. — Devoir de respect. 197
§ 2. — Devoir d'obéissance. 201
SECTION II. — Droits de l'enfant. 206
SECTION III. — Correction de l'enfant. 215
§ 1er. — Voie d'autorité.. 217

Digitized by Google

Pages

§ 2. — Voie de réquisition. 222
§ 3. — Dispositions communes 227

APPENDICE. — Puissance paternelle de la mère pendant le mariage. 231

CHAPITRE II. — Après le mariage. — Tutelle. 238

SECTION I. — Des diverses tutelles. 240

§ 1er. — Tutelles légitimes 240

I. — Tutelle légitime du survivant des époux. . . . 240
II. — Tutelle légitime des ascendants. 251

§ 2. — Tutelle testamentaire. 253
§ 3. — Tutelle dative. 259

SECTION II. — Garanties morales réclamées du tuteur. . . 267

§ 1er. — Excuses. 268
§ 2. — Incapacité. 273
§ 3. — Exclusion et destitution 275

SECTION III. — Rôle des mandataires protecteurs du pupille 279

§ 1er. — Subrogé-tuteur. 280
§ 2. — Conseil de famille. 283
§ 3. — Ministère public. 290

SECTION IV. — Pouvoirs du tuteur relativement à la personne de l'enfant 292

§ 1er. — L'enfant n'est soumis qu'à la tutelle. 292
§ 2. — L'enfant est soumis à la tutelle et à la puissance paternelle. 295

TITRE III. — Des biens de l'enfant. 303

CHAPITRE Ier. — Pendant le mariage. 303

SECTION I. — Administration légale. 303

§ 1er. — Caractère de cette administration. 303
§ 2. — Étendue des pouvoirs conférés. 310
§ 3. — Obligation de rendre compte. 317
§ 4. — Administration légale de la mère. 318
§ 5. — L'administration légale est de l'essence de la puissance paternelle. 318

SECTION II. — Usufruit légal. 321

§ 1er. — Etablissement de l'usufruit légal. 322
§ 2. — Charges de l'usufruit légal. 330
§ 3. — Fin de l'usufruit légal. 334

Digitized by Google

Pages

CHAPITRE II. — Après le mariage. 337

SECTION I. — Garanties matérielles. 338

§ 1er. — Hypothèque légale du mineur. 338
§ 2. — Nomination d'un pro-tuteur. 341
§ 3. — Devoirs du tuteur au début de son administration. 342

SECTION II. — Gestion du tuteur. 347
SECTION III. — Responsabilité. — Compte de tutelle. . . . 355

§ 1er. — Responsabilité du tuteur. 355
§ 2. — Compte de tutelle. 358
§ 3. — Responsabilité du subrogé-tuteur et du Conseil de famille. 361

APPENDICE AU TITRE III. — Protections diverses de la loi en faveur des mineurs. 363

I. — Partages. 363
II. — Ventes d'immeubles. 364
III. — Ventes de meubles. 365
IV. — Baux. 367
V. — Contrainte par corps. 367
VI. — Demandes judiciaires. 368
VII. — Prescription. 370

CONCLUSION — Capacité de l'enfant. 371

Ex ue B7 - 28
4-7

15742 — CAEN — IMPRIMERIE ADMINISTRATIVE DE E. VALIN

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google